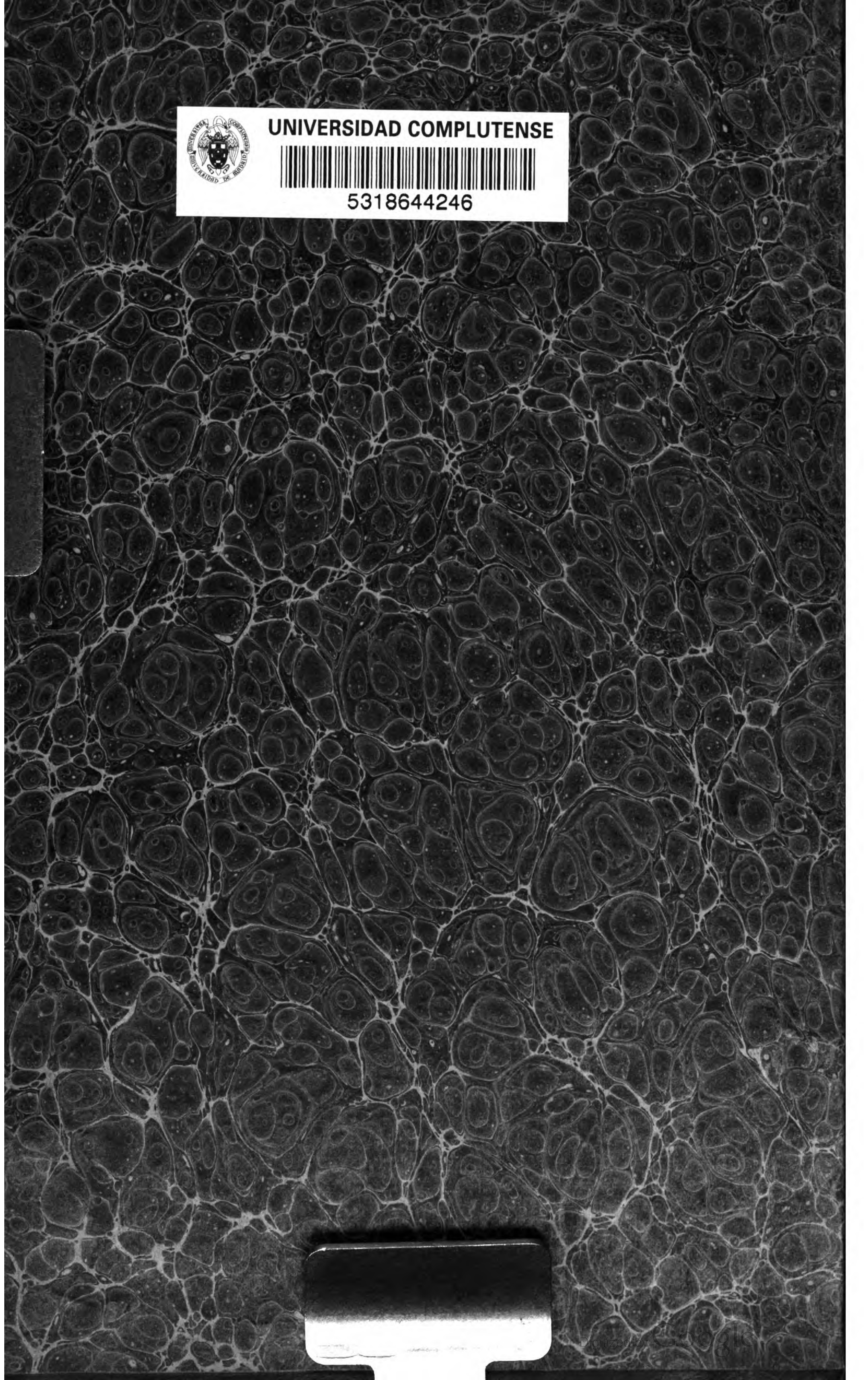
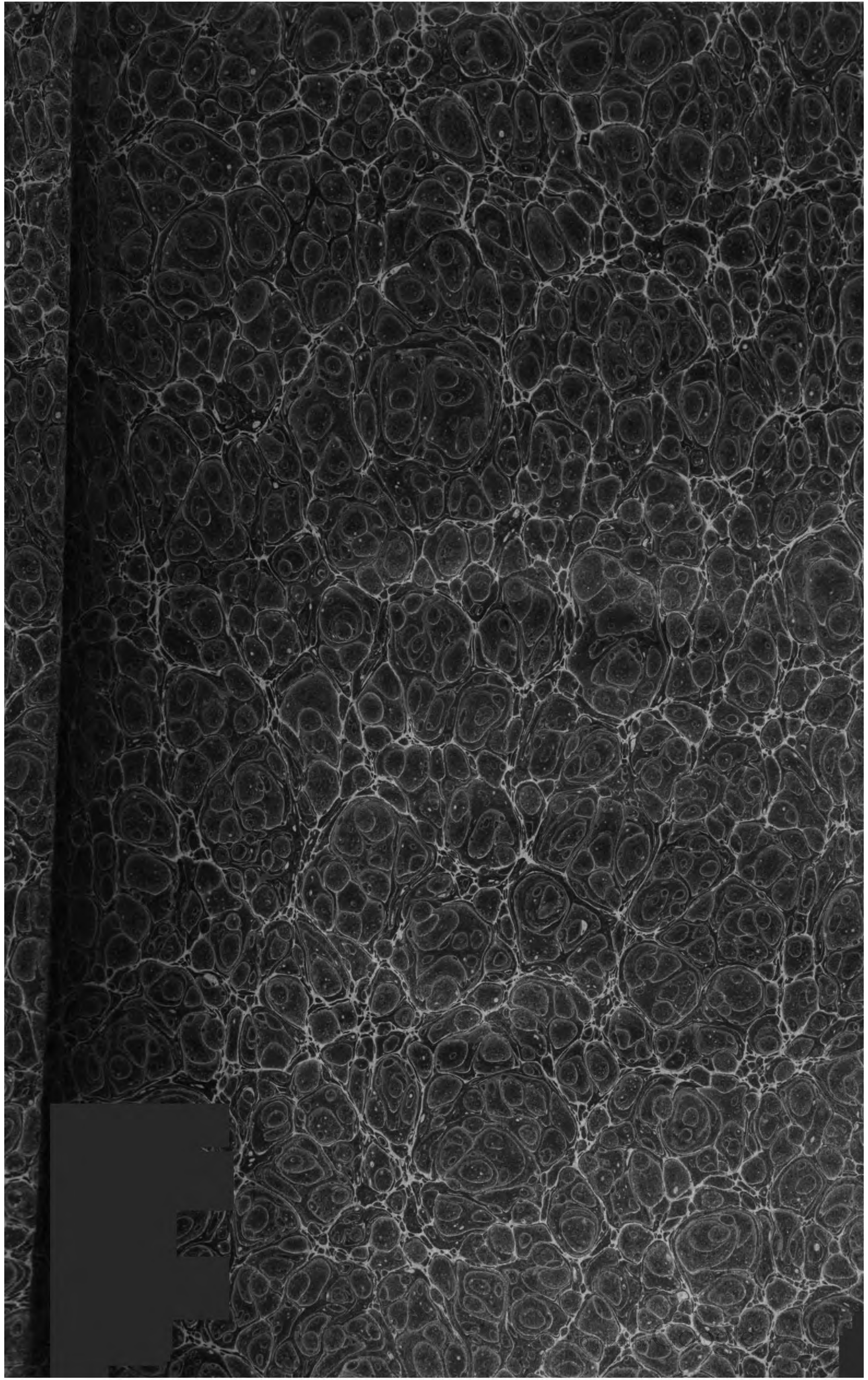



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
5318644246



Ao Ill.mo Ex.mo Snr. Montalban

ELEMENTOS
DE
DIREITO NATURAL,
OU DE
PHILOSOPHIA DE DIREITO.

Off.

O autor

ELEMENTOS

DE

DIREITO NATURAL,

OU DE

PHILOSOPHIA DE DIREITO,

POR

Vicente Ferrer Neto Paiva,

Lente Cathedratico da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, Socio da Academia Real das Sciencias, do Conservatorio Real de Lisboa, e da Academia Dramatica de Coimbra.

> Ex intima hominis natura hauriendam est juris disciplina.
>
> CIC. *De legibus.*

SEGUNDA EDIÇÃO CORRECTA E AUGMENTADA.



COIMBRA,
NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1850.





PROLOGO.

EXhaurida a primeira edição, damos a segunda, que procurámos corrigir e melhorar; não só porque estes elementos foram adoptados para Compendio pelo illustrado Conselho da Faculdade de Direito, senão ainda pela boa recepção, que obtiveram dos homens sabios do paiz.

Apenas accrescentámos algumas pequenas notas; porque a experiencia do magisterio nos mostrou, que não deviamos ser mais extensos, principalmente depois de publicarmos sobre esta edição os nossos — Principios Geraes de Philosophia de Direito, ou Commentario á Secç. I. da Part. I. dos Elementos de Direito Natural ou de Philosophia de Direito.

PROLOGO DA PRIMEIRA EDIÇÃO.

O *Curso de Direito Natural*, que publicámos o anno passado sobre o Compendio de MARTINI — *Positiones de Lege Naturali*, appresentando em resumo as doutrinas e systemas dos antigos e novos Escriptores de Direito Natural, facilitou o poderem confrontar-se uns com os outros, e vêr-se a superioridade destes sobre aquelles: e tornou tambem evidente a necessidade d'um novo Compendio a par do estado actual da Sciencia, que servisse de guia ao Professor e Discipulos no desinvolvimento dos verdadeiros principios della, sem os desviar a cada passo na deducção destes com as frivolidades escholasticas e a perpetua confusão do Direito e da Moral, que se encontra em MARTINI e nos antigos Escriptores.

A celeridade, com que escrevemos aquelle *Curso*, e a obrigação de seguir e explicar o Compendio de MARTINI, foram causas de sermos algumas vezes menos rigorosos nas deducções dos principios proclamados pelos novos Escriptores, e d'emittirmos algumas opiniões, que francamente abandonámos nos presentes Elementos de Direito Natural.

Entre os diversos Compendios, que examinámos, nenhum encontrámos accommodado á

organização actual da Faculdade de Direito, e que ao mesmo tempo esteja apar dos progressos, que tem feito a Sciencia Philosophica do Direito. Por isso nos deliberámos a escrever os presentes Elementos, procurando resumir breve, clara e methodicamente tudo o melhor, que achámos escripto pelos Mestres da Sciencia.

Damos, segundo nosso costume, uma Tabella dos Escriptores, que consultámos: e, como João de Barros, *confessamos tomar a maior parte dos seus fundamentos, por não roubar o seu a cujo é.* Esta Tabella servirá tambem para os nossos Ouvintes conhecerem as obras, de que se hão de prover.

Talvez pareçam muito breves estes nossos Elementos. Porém como devemos em um anno lectivo explicar o Direito Natural e o das Gentes, foi força limitar este Compendio aos primeiros principios da Sciencia, deixando o desinvolvimento das materias para as prelecções oraes. Desta arte os Estudantes se acostumarão á consultar as melhores Obras de Direito Natural, e a produzir por si mesmos alguma coisa. Este é hoje o methodo seguido pelos melhores escriptores de Compendios.

Estamos certos de que este nosso ensaio ha de conter muitos e graves defeitos: porém o nosso zelo pela publica Instrucção, e o dever do magisterio nos hão de merecer desculpa. *Est nobis voluisse satis.*

ELEMENTOS
DE
DIREITO NATURAL,
OU
DE PHILOSOPHIA DE DIREITO.

PARTE I.

PRINCIPIOS GERAES DE DIREITO NATURAL.

SECÇÃO I.

Noção, characteres, fontes e subsidios do Direito Natural.

§. 1.

TOdos os que têm escripto sobre a Philosophia do Direito, não obstante a diversidade das noções, que deram, de Direito Natural, concordam em que elle é *anterior* a todas as leis estabelecidas pelos homens, e d'estas *independente* *); e a pezar da variedade de seus systemas recorrem mais ou menos á *natureza humana* **) para fundamentarem suas doutrinas ***).

*) Este é o pensamento de todos os homens, que dizem — tal lei positiva é *justa*, tal outra é *injusta*.



**) Não damos a definição de *natureza*, nem a daremos das palavras, cuja noção deve ser conhecida pelo estudo anterior das outras partes da Philosophia; e sómente definiremos aquellas, que têm um sentido especial na Sciencia do Direito.

***) Qualquer que seja a noção, que se ligue á palavra — *Direito* —, não póde negar-se, que o direito é alguma cousa propria do homem. Por onde é facil de ver, que debalde se procurará a razão dos *principios do Direito*, sem primeiro se ter estudado a *natureza do ser*, que tem direitos. Por tanto a Sciencia Philosophica do Direito, bem como todas as Sciencias, que se referem á vida individual e social do homem, deve deduzir seus principios do estudo profundo da *natureza humana*.

§. 2.

O testemunho da consciencia *) e a observação mostram, que o homem desde a primeira idade principia a ter *conhecimento* do direito e do justo; ao principio por uma especie d'*instincto*, coadjuvado pela educação: e depois que a *razão* se desenvolve, pelas proprias idêas e principios julga da justiça ou injustiça, tanto das suas acções, como das dos outros, e das leis estabelecidas pelos povos. E é tal a convicção, que tem, da verdade de seus juizos, que cada homem entende, que os outros seres racionaes devem convir n'elles, para que venham a ter applicação á vida humana **).

*) Fallamos da consciencia *psychologica*.

**) Esta *faculdade*, que o homem tem, para conhecer o Direito, com quanto só appresente nas primeiras idades um character d'*instincto*, todavia pelo desenvolvimento da intelligencia reveste o seu character proprio de *racional*, e é a mesma, que o homem tem para conhecer o que é bom e verdadeiro. Esta faculdade appresenta muitas vezes juizos diversos, e até oppostos entre os homens, sobre o justo e o injusto; porque necessita d'uma

educação propria, e de ser auxiliada pelo desenvolvimento das outras faculdades do homem, e pelo progresso dos outros ramos da Philosophia. Os *brutos* não dão indicios desta faculdade, por serem incapazes de perceber as idêas de relações geraes, como a de *justiça*, que consiste na relação de conformidade das acções livres do homem com os principios do Direito e da Moral, ou no cumprimento dos deveres do Direito e da Moral.

§. 3.

A Natureza, sempre providente, organizou d'um modo particular a cada um dos *seres*, de que se compõe a creação, e, segundo a diversidade da sua organização, lhes deu uma natureza particular, e os predestinou para *fins* *) correspondentes. Esta organização e predestinação limitam o desenvolvimento de sua natureza, e mantém a *ordem* e a *harmonia*, que admiramos no universo.

*) Muitos são os *fins*, que o homem se póde propôr e proseguir, — religiosos, moraes, scientificos, artisticos, etc.; e é incontestavel que, não podendo dirigir-se a todos, deve consultar a sua *vocação natural*, e as *circumstancias particulares*, em que se acha collocado, para determinar-se prudentemente na *escolha*.

§. 4.

O maior desenvolvimento, de que o *homem* é susceptivel, torna mais complicada a sua natureza particular (§. 3.), e mais difficil o conhecimento della. Porém, conhecidos os *elementos constitutivos*, de que se compõe a natureza de cada homem, e que são, para assim o dizer, os algarismos primitivos, que nas suas diversas combinações dão a somma total da

vida humana, póde até chegar-se a conhecer a *natureza geral* da especie humana. A natureza *varía* entre os homens segundo a diversidade da sua constituição, e dos fins *), para que cada um foi presdestinado (§. 3.): mas os primeiros elementos subsistem sempre, e constituem o typo geral da *humanidade;* são como um sello, que faz de todos os homens uma especie *distincta* das outras especies de seres, que povôam o universo **).

) Todos os fins particulares (§. 3.), que o homem se póde propôr, se resumem em um *fim geral*, conforme á natureza *humana*, i. é, á geral da especie humana.

) A natureza humana, e o fim geral do homem são o grande fundamento do Direito Natural (§. 1.*).

§. 5.

O homem é um composto maravilhoso de duas naturezas distinctas e ligadas entre si: — a *corporea*, sujeita ás leis *) d'uma causalidade physica, que obra com *necessidade* **); e a *intelligente*, capaz de governar-se por leis d'uma causalidade *livre*.

*) *Lei* é uma regra geral e constante, que domina uma ordem de factos ou phenomenos similhantes, ou seja no mundo physico, ou no moral. Observando nós a acção constante d'um *principio*, applicado a uma serie de factos ou phenomenos, podemos fazer idêa da *regra* e da *lei*. Por tanto o principio é anterior á lei, que não é mais do que a expressão da sua acção constante. Das leis fundadas na natureza umas fazem-se obedecer irresistivelmente, — as leis *physicas* dos corpos e as *logicas* do espirito; e outras são na sua execução dependentes da razão e liberdade do homem, — as leis do Direito e da Moral. Por isso alguns definiram as *leis* — as determinações da possibilidade ou da necessidade das mudanças *(acções)*, produzidas pelas forças dos se-

res, aos quaes ellas são relativas. Na legislação juridica pois o *direito*, como *principio*, é anterior á *lei*, que deve tirar a sua força do direito, e não o direito da lei.

**) Por esta organização physica acha-se o homem em continuas relações de acções e reacções com o mundo material, que o cérca.

§. 6.

A consciencia e a constante observação provam, que o homem é um ser sensitivo, racional, livre e social. Como *sensitivo*, appetece *sensações* agradaveis, e aborrece as desagradaveis. Como *racional*, conhece o *bem* e o mal *), e descobre o *fim* **), para que foi destinado (§. 4. *), e as *condições* ou meios aptos para o conseguir. Como *livre*, escolhe d'entre os fins, que se póde propôr, o *mais conforme* á sua natureza e ás circumstancias, em que se acha (§. 4. *); e para o seu conseguimento emprega, segundo o seu alvedrio, as *condições*, que lhe agradam. Finalmente como *social*, não póde subtrahir-se ás *relações*, que o prendem aos seres da sua especie, sem vir a ser infeliz e miseravel ***).

*) Bentham define *bem* aquillo, que causa maior prazer; e *mal* aquillo, que produz mais pena. Ahrens determina melhor o *bem do homem*, fazendo-o consistir no desenvolvimento de todas as suas faculdades e das disposições da sua natureza. O bem *varía* segundo a natureza das differentes especies de seres vivos (§. 3.); e por isso para a humanidade ha só *um* bem conforme á natureza geral da especie humana (§. 4.).

**) O *fim* ou *destino geral* dos homens, segundo Ahrens, correspondendo ao *bem*, consiste no desenvolvimento integral de todas as suas *faculdades*, e na applicação destas a todas as especies de seres, segundo a *ordem geral* e a natureza de cada ser *em particular* (§. 4.*).

***) As proposições, até aqui estabelecidas, e que não são demonstradas, devem ser consideradas como lemmas, deduzidos dos outros ramos de Philosophia, cujo estudo deve preceder ao do Direito Natural.

§. 7.

Os seres racionaes, em quanto têm o poder de livremente dirigir as suas faculdades, de se propôrem fins, e d'empregarem as condições necessarias para o seu conseguimento (§. 6.), existem por causa de si mesmos, e são fins para si; e visto como tem a consciencia d'este poder pessoal, são chamados *pessoas* *). Ás pessoas contrapõem-se as *cousas* **), que são os entes privados de razão e liberdade, e que servem de meios para o conseguimento dos fins dos entes racionaes ***).

*) *Personalidade* designa a *capacidade* ou a *existencia* de direitos e obrigações, da qual gozam os entes dotados de uma vontade racional.

**) Estes entes, se estão separados das pessoas, dizem-se cousas *externas*, ou simplesmente *cousas*, v. g., os bens da fortuna; se estão unidos pela natureza ás pessoas, dizem-se cousas *internas*, v. g., as faculdades physicas e intellectuaes do homem.

***) O mundo acha-se organizado de maneira, que todos os entes, que existem n'elle, ou têm um *fim proprio*, — as pessoas; ou têm o seu fim fóra de si, e consiste em servirem de *meios*, — as cousas. Na verdade nada existe no mundo, que não tenha um fim (§. 3.); e como nas cousas se não encontra fim proprio, é mistér encontral-o nas pessoas, e que aquellas sirvam a estas de meios para a sua conservação e desenvolvimento. Tal é a razão da superioridade das *pessoas* sobre as *cousas*, e da relação estabelecida entre umas e outras, como *fins* e *meios*.

§. 8.

As pessoas podem ser *juridicas*, ou *moraes*, segundo considerarmos o poder, que ellas têm, de se dirigirem pelos principios do Direito, ou da Moral: em outros termos, são *juridicas*, se as consideramos gozando de direitos; e *moraes*, se se consideram investidas de deveres juridicos ou moraes. O homem, como um ser racional e livre, tem uma *dignidade*, que o eleva a seus proprios olhos, e que sómente póde ser apreciada pelos outros seres, que gozam da mesma dignidade, como entes igualmente racionaes e livres. Esta dignidade póde tambem ser *juridica*, ou *moral*, segundo é reclamada por uma pessoa juridica, ou moral.

§. 9.

Os antigos Escriptores, confundindo o Direito com a Moral, definiram o Direito *objectivamente* — tudo o que é moralmente bom, ou conforme ás leis moraes; e *subjectivamente* — a faculdade moral de fazer aquillo, que é moralmente bom. Porém, observando que não podia negar-se no fôro exterior *) ao homem o direito de practicar muitas vezes acções reprovadas pelos principios da Moral **); e que muitas outras o homem era por estes obrigado no fôro interior ***) a practicar acções, que não era licito extorquir-lhe pela força ****): distinguiram entre Direito *interno* a tudo o que era conforme aos principios moraes, e que entrava no fôro *interno*, e Direito *externo*, cujo exercicio não podiam, pelo menos, os outros homens impedir no fôro *externo*; entre Direito *imper-*

feito aos beneficios, que os outros nos devem pelos officios positivos de beneficencia, dependentes da sua boa vontade, e Direito *perfeito* a tudo o que nos devem pelos officios negativos de justiça, e que podemos exigir-lhes pela coacção physica.

*) Fôro *exterior* ou *externo* é o do Direito, — tribunaes de justiça.

**) Fôro *interior* ou *interno* é o da Moral, — tribunal da consciencia.

***) Tal é o direito, que tem o crédor opulento para exigir do devedor pobre o pagamento do capital e juros, ainda na occasião, em que este necessita do dinheiro para a sustentação da sua familia.

****) Taes são as obrigações da gratidão e da beneficencia, que perderiam o character de virtudes, sendo extorquidas pela força.

§. 10.

Estas distincções, com quanto engenhosas, não curam o vicio radical da noção de *Direito*, e, para remediarem um mal, produziram outro peor; porque o Direito *externo* e *perfeito* não póde comprehender-se no circulo do moralmente bom, quando tem por objecto acções, que por um concurso de circumstancias são moralmente más; e o Direito *interno* e *imperfeito*, como dependente da livre vontade daquelle, que tem a obrigação correlativa, é inteiramente inutil na práctica; porque não póde ser exigido pela força, nem delle tomam conhecimento os juizes e tribunaes de justiça. Por tanto sómente póde ser considerado como verdadeiro *Direito* aquelle, a que os Escriptores antigos chamam *externo* e *perfeito*; e deve banir-se da

Sciencia de Direito o chamado *imperfeito* e *interno* *).

*) Logo a *definição* dos antigos, por um lado, era *muito estreita*, porque não comprehendia o Direito externo e perfeito em toda a sua plenitude; e, por outro, *muito larga*, porque comprehendia o chamado Direito interno e imperfeito, que não é verdadeiro Direito. Não podemos pois adoptal-a.

§. 11.

Para conhecermos a verdadeira noção da palavra — *Direito* —, importa descer á analyse *psychologica* e *experimental* das idêas, que ella appresenta tanto segundo o testemunho da consciencia, como no uso vulgar e genio das linguas das nações cultas, e nos tribunaes de justiça; porque sómente d'esta arte poderemos reunir todas as accepções daquelle vocabulo e formular a sua definição com todo o rigor logicó.

§. 12.

O *uso vulgar* e o *genio das linguas* revelam nas palavras, empregadas para exprimir relações geraes e importantes da vida social, que os povos civilizados conheceram essas relações, pelo menos, por um lado verdadeiro. As palavras *recht* dos Allemães, *right* dos Inglezes, *droit* dos Francezes, *diritto* dos Italianos, *derecho* dos Castelhanos e *direito* dos Portuguezes parecem significar a *relação* entre cousas, que se acham em frente umas das outras, e que por isso estão em *linha recta* ou *direita*. Parece pois, que estes povos quizeram dizer por estas palavras, que uma acção de *direito* ou de *justiça* deve dirigir-se como *condição* *) tão immediata-

mente ao fim do homem, como uma linha recta, que vai o mais brevemente possivel d'um ponto a outro **).

*) Se consultamos os *principios materiaes* das legislações das nações civilizadas, todos os direitos são condições para o homem conseguir o seu fim racional: v. g., a propriedade é um direito, porque é condição para o homem se conservar e desenvolver. O mesmo se póde dizer dos contractos, das penas, das garantias, dos direitos politicos, etc.

**) Os Romanos chamaram ao Direito — *Jus*. Esta palavra indica, que o genio menos philosophico do povo romano sómente comprehendêra n'ella uma relação exterior é muito secundaria, derivada d'um preceito, — a *jubendo*, como querendo dizer, que os homens eram obrigados a seguir em suas acções as regras ou leis de Direito. — *Jus est norma agendi.*

§. 13.

Se consultamos a nossa *consciencia*, a palavra *Direito* parece indicar-nos a idêa d'uma *relação* entre seres vivos *), principalmente entre aquelles, que são livres e racionaes (§. 6.). O Direito pois é uma qualidade de *relação*, e não uma qualidade *simples*, como a bondade, virtude e moralidade **); porque qualquer homem póde ser bom, virtuoso e moral por si sómente, e sem a coexistencia com os outros homens; mas não póde ser justo ***), senão quando se acha em relação com outras pessoas ****).

*) Não entramos na questão, se os *brutos*, além de *sensitivos*, são, ou não, até certo ponto *racionaes*. Esta questão fica fóra dos limites da Sciencia Philosophica do Direito. É porém certo, que os brutos, porque sentem prazer e pena com o tractamento, que recebem dos homens, merecem alguma *protecção* das leis da ra-

zão (§. 3.*). As almas bem formadas não podem ser indifferentes ao espectaculo da crueldade, com que muitas vezes são inutilmente tractados. Por estes principios se explica o pensamento de muitas associações antigas e modernas e da legislação d'um grande povo para a *protecção* aos brutos. A pezar d'isto, como os brutos nem conhecem (§. 2.**), nem pódem practicar a justiça para com os outros seres, não devem ser collocados na mesma linha de direitos, em que se acham os homens: e por isso não podem entrar no quadro do Direito Natural, que é um Direito tódo *racional* e proprio dos homens (§. 2.**).

**) A palavra *moralidade* indica referencia á liberdade; porque foi derivada de *mores*, que Cicero empregou para designar as acções livres. Os Escriptores, que confundiram o Direito Natural com a Moral (§. 9.), disseram *moralidade* a bondade ou maldade das acções livres, segundo a sua conveniencia ou discrepancia com as leis juridicas e moraes (§. 9.). Hoje, demarcadas as raias do Direito e da Moral, diz-se *moralidade* a qualidade da acção livre, conforme á lei em geral, quando o homem a practíca pelo puro respeito devido á mesma lei; o contrario diz-se *immoralidade*. A conveniencia porém das acções com as leis juridicas, ou o homem obre por qualquer motivo sensual (§. 6.), ou pelo respeito á lei, diz-se *legalidade*, ou *legitimidade*; e á discrepancia dellas chama-se *illegalidade*, ou *illegitimidade*. E visto como não podemos penetrar no santuario da *consciencia* dos outros, é evidente, que sómente podemos apreciar ou *imputar* a legalidade ou illegalidade das acções d'outrem, mas não a sua moralidade ou immoralidade, excepto o caso, em que estas são manifestadas por *signaes exteriores*, que as podem trazer ao fôro externo (§. 9.).

***) Aqui fallamos da justiça *exterior* ou *juridica*, que cumpre os deveres juridicos por actos exteriores: a justiça *interior* ou *moral* cumpre todos os deveres (§. 8.) por maxima. O exercicio dos direitos temperado pelas leis da Moral diz-se *equidade*.

****) É verdade que muitas vezes dizemos, que qualquer homem é justo para comsigo; mas neste caso — ou fallamos figuradamente da justiça exterior, considerando esse homem como uma personalidade duplicada, — como agente da acção, a que referimos a justiça, e como

paciente, sobre que actuam os seus consectarios; — ou fallamos da justiça interior, quando esse homem cumpre os deveres para comsigo.

§. 14.

Este character de *relação*, que temos descoberto no Direito (§§. 12. e 13.), apparece tambem constantemente no sentido usado nos *tribunaes de justiça*. Os juizes não tomam conhecimento de *pretensão*, que não signifique uma relação juridica entre diversas pessoas, das quaes uma tenha o direito e a outra a obrigação *correlativa*. Se considerarmos um homem solitario, poderemos descobrir-lhe *obrigações* para com Deos e para comsigo, por que é responsavel diante da sua *consciencia* *); porém as pretensões *juridicas* sómente apparecerão pelas relações da *vida social* **).

*) A *consciencia* póde ser moral, ou juridica. Diz-se consciencia *moral* aquella vóz interior do homem, que decide sem appellação e com uma severidade incorruptivel sobre o valor da intenção e dos motivos, por que o homem obra e cumpre os seus deveres em geral; e diz-se *consciencia juridica* o sentimento, que o homem tem de seus direitos, e pelo qual conhece, que não é responsavel para com seus similhantes no fôro exterior pelas acções, que practíca com direito; acções, que ninguem lhe póde prescrever nem embaraçar, e a respeito das quaes elle se considera como fim para si mesmo (§. 7.). Porém esta consciencia lhe diz tambem, que os outros homens, como personalidades iguaes (§. 8.), gozam da mesma prerogativa. Aqui fallamos da primeira.

**) A palavra Direito subministra pois as idèas: 1.° de *condicionalidade* para o homem poder conseguir o seu destino (§. 12.): 2.° de *pretensão*, pela qual exigimos dos outros que omittam alguma acção a nosso favor (§. 14.): 3.° de *relação favoravel*, em que um homem se encontra com outro, que tem uma obrigação relativa

(§§. 12—14): 4.° e de *sociabilidade*, ou de contacto entre duas pessoas, a qual fundamenta aquella relação (§§. 13. e 14.).

§. 15.

A *Moral* é a sciencia, que, determinado o *fim* do homem pela Philosophia, indica o *bem*, que deve fazer (§. 6. **), e a *perfeição*, a que deve aspirar para si, para os outros homens, e em geral para a humanidade, impondo-lhe o *preceito geral* de procurar as condições necessarias para conseguir estes fins. O homem deve cumprir, segundo os preceitos da Moral, todos os seus deveres, só porque são deveres, sem que seja movido por qualquer principio *sensual* ou *egoista* *), que destruiria a parte mais nobre do sentimento de respeito devido á santidade das leis. A Moral em fim exige que o homem obre com *pureza de motivos*, com *livre vontade* e com *boa intenção*, e julga tudo diante de Deos e no tribunal da consciencia (§. 14. *).

*) V. g., por interesse, vaidade, ostentação, prazer, obter serviços, etc.

§. 16.

Ainda que a *Moral* manda ao homem, que empregue todas as condições necessarias para conseguir seu destino racional, individual, social e da humanidade (§. 15.), deixa ao *Direito* o exame d'essas *condições*; assim como, mandando ao homem que conserve a vida, deixa á *Medicina* o expôr as regras para conservar e restabelecer a saude. Por isso um Philosopho moderno com razão definio o *Direito* — *a sciencia particular, que expõe o complexo das condi-*

ções externas e internas, dependentes da liberdade, e necessarias para o desenvolvimento e cumprimento do destino racional, individual e social do homem e da humanidade [§. 64.] *).

*) Para entender-se esta definição, é mistér saber o que significam as palavras d'ella.

Sciencia particular. Porque, depois que os principios do Direito foram coordenados em systemas scientificos, foi o Direito elevado á categoria de Sciencia, e como tal se define aqui.

Que expõe o complexo. Cada condição é objecto d'um direito particular. O complexo pois de todas as condições, ou direitos particulares, constitue o Direito no sentido mais lato.

De condições. Condições são os meios, de que o homem póde servir-se para conseguir os fins racionaes, que se propõe (§. 3. *). Estas condições podem ser, além das *acções do homem*, as *cousas externas* (§. 7. *); porque a experiencia mostra, que sem o uso d'ellas o homem nem póde conservar-se, nem conseguir o seu destino n'esta vida (§. 6.**). No entretanto todas ellas podem reduzir-se ás acções, em quanto as cousas exteriores, para o homem poder usar d'ellas, carecem de ser preparadas pela sua *actividade*, tanto interior, como exterior. A *condicionalidade* das acções é pois o objecto privativo do Direito. A *Moral* manda ao homem, que empregue as condições necessarias para conseguir os seus fins: mas não tracta d'essas condições; deixa-as ao *Direito;* assim como, mandando ao homem que esclareça o seu espirito com os conhecimentos necessarios para o seu desenvolvimento intellectual, não comprehende as *Sciencias* e as *Artes.*

Externas e internas. Kant, estabelecendo o Direito na condicionalidade, admittio a distincção de Thomasio entre acções *internas* e *externas*, e, como este, adjudicou aquellas á *Moral*, e estas ao *Direito*. Porém Krause observou, que muitas acções internas vestiam, para assim o dizer, um character d'*exterioridade*, pelo qual podiam pertencer ao dominio do Direito, v. g., a instrucção, a educação, etc. De mais o homem precisa de condições para o desenvolvimento da sua natureza intelligente (§. 2.*), as quaes a sociedade lhe deve subministrar, e o Direito garantir. É verdade que as

acções exclusivamente do espirito, — a boa ou má intenção, a livre vontade, o desinteresse das acções, e em fim os motivos, por que o homem obra, em quanto conservadas no santuario da consciencia, sómente podem ser julgadas pela *Moral* (§§. 13.** e 15.), e não podem ser allegadas nem provadas no fóro exterior, nem pertencer ao Direito, excepto se forem manifestadas por alguns *signaes externos* (§. 13.**).

Dependentes da liberdade. Porque ha duas especies de condições: umas *physicas*, que estão fóra da esphera da liberdade, ou em que ella sómente entra subsidiariamente, as quaes a natureza subministra, e taes são, v. g., o ar e a luz; o homem póde usar dellas, mas não entram no quadro da Sciencia Philosophica do Direito, porque o homem não tem direitos relativamente á *natureza*; e taes são tambem as condições sujeitas á *necessidade* da natureza physica do homem, v. g., a digestão, a circulação do sangue, porque estas pertencem ás *leis physicas*, que obram necessariamente, e não ás leis moraes ou juridicas, que dependem da liberdade (§. 5.*): e outras *voluntarias* ou *livres*, que dependem da vontade, ou da livre actividade do homem. O homem, como pessoa, é senhor do seu destino, e livre na escolha dos fins, e no emprego das condições, que julga opportunas para os conseguir. O Direito deve garantir-lhe esta liberdade, sem o tornar exteriormente responsavel diante d'alguem pela escolha dos fins e uso dos meios; alias abaixaria o homem de pessoa a cousa, considerando-o não como fim para si mesmo, mas como méro meio para os outros (§. 7.***).

E necessarias para o desenvolvimento. Porque no desenvolvimento das faculdades do homem, e no engrandecimento da esphera das suas relações com os outros seres, está o seu bem e o seu fim (§. 6.* e **).

E cumprimento do destino racional. Porque a Sciencia do Direito, como um ramo das Sciencias Philosophicas, que se referem á personalidade humana, não póde deixar de ter em vista o fim ou destino do homem. Ora para conhecer o fim, que o homem póde propôr-se, e ao qual sómente póde chegar por uma serie de condições ou meios, em que uns vão servindo de fins aos outros, é mistér fazer muitos juizos e raciocinios encadeados, o que sómente é proprio da *razão* (§. 2. **). Por tanto a razão é o *principio cognoscitivo* do Direito, e o fim do homem póde e deve chamar-se *racional* (§. 6**).

Individual e social do homem. O homem é uma pessoa, que a natureza dotou de dignidade juridica e moral (§. 8.); e por isso tem fins proprios, a que aspira (§. 3. *): porém é tambem um ente social por natureza, e por isso deve respeitar as relações sociaes, para poder coexistir com os outros seres da sua especie em sociedade (§. 6.). O Direito deve subministrar ao homem as condições necessarias para o conseguimento do seu *fim individual*, e garantir para isso a sua livre actividade: porém importa que a liberdade d'um seja limitada pela liberdade dos outros, para poder coexistir a liberdade de todos; e para que a esphera da liberdade de cada um seja a mais larga, que é possivel, é mistér que todos os homens trabalhem não só pelo seu desenvolvimento individual, senão tambem pelo da *vida social.* O homem pois deve proseguir os fins *individuaes*, e os proprios das *diversas sociedades*, de que faz parte, combinando-os todos de modo, que haja *harmonia* entre elles; e o Direito deve garantir as condições necessarias para conseguir tanto uns, como outros, de modo que não repugnem a algum delles.

E da humanidade. As sociedades, ás quaes o homem póde pertencer, não são sómente a familia, o municipio e a nação, mas a sociedade do *genero humano.*

Homo sum: humani nihil a me alienum puto.

Esta sociedade da humanidade, bem como qualquer outra sociedade, póde considerar-se como uma pessoa *collectiva* ou *moral* com um fim, que lhe é proprio. O seu *destino* está no desenvolvimento da humanidade, que tem épochas successivas, cada uma das quaes é assignalada pela apparição d'essas grandes idêas novas, que primeiro transformam a vida do povo, que as vio nascer, e depois se espalham por toda a parte, onde a intelligencia tem assás de desenvolvimento para as comprehender. Então os sentimentos se alargam e ennobrecem, faculdades e forças novas se manifestam nos differentes ramos da vida social, e a vida humana vem a ser mais rica e variada. O *progresso* é uma lei da Natureza para os homens, quer os consideremos sós, quer fazendo parte de diversas sociedades, e até da *universal* do genero humano.

§. 17.

§. 17.

O Direito póde tomar-se ou *objectivamente* pelo predicado da acção, ou *subjectivamente* pelo attributo da pessoa. No primeiro sentido significa a qualidade da acção exterior, dependente da liberdade humana, que póde servir de condição para o homem conseguir o seu destino racional (§. 16.). E como o *justo* é a expressão do Direito (§. 2. *), podemos dizer *justas* todas as acções, que entram na esphera *) da justa actividade do homem, e que todas as outras são *injustas* **).

*) O espaço ideal, que a razão descreve pela noção do Direito (§. 16.), e pela doutrina, que d'ella se deduz, dentro do qual todas as acções são justas, constitue a *esphera* do Direito ou da justa actividade do homem, e abrange o justo exercicio das faculdades humanas, e o justo uso das cousas externas (§§. 7. e 16.*). Assim podemos *em geral* dizer acções *justas*, v. g., as que são condições para o homem conservar-se, para cultivar as suas faculdades physicas e intellectuaes, acquirir riquezas, etc.; e *injustas*, o homicidio, o roubo, a escravidão, etc.; porque não podem entrar na esphera da justa actividade de ninguem. Os Philosophos, que seguem a noção de Direito, dada por Kant, — *o complexo das condições, debaixo das quaes a liberdade exterior de cada um póde coexistir com a liberdade de todos*, dizem justas as acções, que não repugnam á noção do estado social d'entes exterior e igualmente livres; e que as contrarias são *injustas*. Porém não podendo adoptar-se esta definição, por ser restrictiva e negativa, e por assignar como fim do Direito sómente a liberdade, quando elle se deve dirigir a todas as faculdades e a todos os fins racionaes do homem (§. 16.), não póde admittir-se aquelle principio assim formulado, porque não comprehenderia todas as condições, que são objecto do Direito. O nosso principio (§. 16.) é mais largo.

**) Tambem se toma o Direito em sentido *objectivo* pelo complexo de leis ou regras de certo genero (§. 5.*),

se já *objectivamente* por uma omissão necessaria em virtude do direito d'outrem, e já *subjectivamente* pela necessidade de se abster d'embaraçar o direito d'outrem *). Por isso alguns philosophos enunciam o principio supremo dos officios de Direito por esta fórmula: —*Omitte todas as acções exteriores, pelas quaes se offende a esphera da justa actividade dos outros* **).

*) O Direito consiste nas condições dependentes da liberdade (§. 16.). A *liberdade* póde ser *interior*, ou *exterior:* aquella consiste na independencia, que o homem tem, das suas proprias paixões; e esta na independencia da vontade d'outrem. As *obrigações*, que se referem á primeira, são *moraes* (§. 15.); e as que se referem á segunda, são *juridicas* (§. 16.); porque o direito d'outrem não póde ser embaraçado por actos puramente do espirito. Ora, para que a liberdade exterior subsista, basta que os outros se abstenham de practicar factos, que a possam embaraçar. Por tanto as *obrigações juridicas* consistem em actos negativos, ou omissões. E na verdade as mesmas obrigações de dar ou fazer alguma cousa por virtude d'um contracto podem reduzir-se em ultima analyse a não subtrahir aquillo, que pelo contracto veio a ser do pactuante, ou a não embaraçar o exercicio do direito acquirido pelo contracto.

) Outros assignam á *Moral* este principio: — *Em ti* [i. é, em teu pensamento, não manifestado por actos exteriores (§. 13.)] *tracta sempre a humanidade* (tanto propria, como d'outrem) *como fim, e nunca como meio.* E ao *Direito* assignam este: — *Fóra de ti não tractes jámais a humanidade como meio.*

§. 21.

Este principio das obrigações juridicas (§. 20.) póde desinvolver-se nos seguintes: — *Não tractes os outros homens como méros meios para os teus fins arbitrarios; — omitte todas as acções, que tornariam impossivel a coexistencia na ordem social; — consente a cada um o que é seu; —*

não perturbes o exercicio dos direitos dos outros; — *não leses a ninguem.* — Com effeito offende arbitrariamente a esphera da justa actividade dos outros entes racionaes: quem os tracta como méros meios para seus fins arbitrarios (§. 7.); tira alguma coisa do *seu* dos outros; perturba os seus direitos, ou os lesa; e torna impossivel a coexistencia na ordem social *).

) Como temos direito a practicar todas as acções, que não forem injustas (§. 18.), póde dizer-se que temos direito a practicar todas aquellas, que não repugnam a nenhum destes principios; e que todas aquellas, que se oppõem a algum d'elles, ou ás obrigações juridicas, que delles se deduzem, são lesões (§. 18.).

§. 22.

Antes de se marcar a differença entre o Direito e a Moral, cumpre notar, que tanto um, como a outra, tem a sua origem na *razão humana* (§§. 2.** e 16.*); porém as funcções desta são diversas. A razão é *theorica*, quando cogita sobre o que existe, v. g., a Logica; e *práctica*, quando se occupa daquillo, que importa fazer. A razão práctica, em quanto descreve a esphera da justa actividade humana de modo, que cada um possa sem obstaculo dos outros proseguir os seus fins racionaes (§§. 16., 18. e 19.), diz-se *juridica;* e em quanto manda que o homem cumpra todos os seus deveres, só porque são deveres (§. 15.), diz-se *moral*. Assim que podem distinguir-se duas *legislações* da razão práctica, uma *juridica*, e outra *moral*.

§. 23.

A *legislação moral* reforça a legislação juridica, ordenando o cumprimento de todos os deveres, tanto moraes, como juridicos (§§. 15. e 20.); porque só pelo cumprimento de todos os seus deveres póde o homem ser verdadeiramente social (§. 6.), fazendo o bem, e evitando o mal a seus similhantes *); e pela submissão á elles e aos dictames da *equidade* elevar-se a toda a altura da sua dignidade moral (§. 8.), tornando-se grande pela obediencia.

*) O Direito não só manda evitar o mal, mas tambem se dirige ao bem: porém a Moral dirige-se ao bem pelo lado da *intenção;* e o Direito, pelo lado das *condições* para o seu complemento.

§. 24.

A pezar d'isto os *deveres juridicos* distinguem-se dos *moraes* pelos characteres seguintes: 1.º os deveres juridicos são *de origem negativos*, para não lesarmos os outros, e podem cumprir-se por actos negativos (§. 20.*): 2.º só têm por objecto as acções, que têm um character d'*exterioridade;* porque só por ellas podemos lesar os direitos d'outrem (§. 13.**): 3.º a *força*, de que póde usar o sujeito do direito, torna efficazes as obrigações juridicas (§. 19.): 4.º toda a obrigação juridica é correlativa a um direito (§. 20.), e por este póde ser *provocada;* e, quando é affirmativa, o seu cumprimento póde depender da provocação; porque do sujeito do direito depende o exigir o seu cumprimento, suspendel-a, ou fazel-a cessar inteiramente (§. 19. *): 5.º as obrigações juridicas podem ser cumpridas por acções *mé-*

ramente legaes (§. 18. **); porque o sujeito da obrigação, achando-se submettido por ella á vontade estranha do sujeito do direito, não póde ser responsavel diante da sua consciencia pela immoralidade, que a acção póde ter, dado certo concurso de circumstancias, visto que lhe é extorquida pela força (§. 9.*); 6.° sómente as obrigações juridicas são sujeitas ao *fôro exterior* [§. 13. **] *): 7.° os deveres juridicos subministram condições ou meios (§§. 12. e 16.): 8.° os deveres juridicos são relativos e variaveis (§§. 3.* e 12—14.).

*) Por tanto os deveres da Moral, propriamente ditos têm os characteres contrarios, e são: 1.° affirmativos; 2.° interiores; 3.° isemptos da coacção physica; 4.° não são correlativos ao direito d'outrem, nem provocados por elle; 5.° só podem cumprir-se por acções moraes; 6.° pertencem ao fôro interno; 7.° podem considerar-se como um fim; 8.° são absolutos e invariaveis.

§. 25.

Os *characteres do direito* são os seguintes: 1.° o direito é uma coisa *permittida*, e *não devida*, i. é, não póde considerar-se como officio juridico d'alguem; porque o sujeito do direito póde livremente renunciar-o (§. 24.); e até o direito subministra a idêa de *faculdade*, ou de que *se póde* livremente alguma coisa (§§. 16.*, 19.* e 20.*): 2.° porém esta faculdade não é *physica* para fazer tudo e sómente aquillo, que não repugna ás forças do agente; alias, por um lado nem todos os factos justos seriam de direito (§. 19.*), e por outro todos os factos possiveis seriam justos (§§. 17., 18. e 21.*): 3.° por tanto o direito é uma faculdade *moral*, i. é, alguma coisa licita: 4.° porém não é faculdade

moral propriamente dita, como se sómente fosse direito aquillo, que é moralmente bom, ou conforme á lei moral (§§. 9. e 10.): 5.° o direito, por um concurso de circumstancias, ainda que muitas vezes póde ter por objecto uma acção licita interna e externamente, tambem outras póde ter por objecto uma acção licita externamente, e internamente illicita; e por isso sómente póde dizer-se faculdade moral, em quanto pelo menos é *exteriormente* licita *): 6.° o direito é sempre *relativo* aos outros entes racionaes, com os quaes vivemos em sociedade (§§. 13. e 14.): 7.° o direito é uma *pretensão*, a que os outros homens em consciencia não devem exteriormente resistir, e que a nossa consciencia juridica (§. 14. *) permitte extorquir pela força (§. 19.): 8.° o direito é *exterior*, i. é, sómente póde ser satisfeito por actos, que possam ser percebidos no mundo physico, para poderem entrar no fôro exterior (§. 13. **): 9.° só póde ser objecto d'um direito aquella acção, que for condição para um fim racional, e não repugnar aos outros fins, que o homem se póde propôr (§. 16.*).

*) O direito pois não é faculdade *moral* em contraposição á faculdade *não moral*, e significando aquillo, que é conforme á lei moral; mas é faculdade *moral* em contraposição á faculdade *physica*; porque se refere a uma lei da razão práctica, — a juridica (§. 22.), e porque é garantido pela lei moral, em quanto manda cumprir as obrigações juridicas (§. 23.).

§. 26.

Pelos principios expostos facilmente podem marcar-se as differenças entre a *legislação juridica* e a *moral*, quanto á sua força *imperativa*.

1.° A lei do *Direito* permitte practicar as acções dentro da esphera da justa actividade do homem por qualquer motivo arbitrario (§. 25.), sem que seja obrigado a dar a razão, que o determina no fôro externo, como ente exteriormente livre (§§. 16.* e 20.*); a lei *moral* porém exige a pureza dos motivos e a boa vontade (§. 15.). Quem obra do primeiro modo, é *juridicamente* justo; quem obra do segundo, é-o *moralmente* (§§. 2.** e 13.***). As acções do primeiro modo têm dignidade juridica; as do segundo, têm-na moral (§. 8.). 2.° A *lei juridica* exprime obrigações correlativas aos direitos (§. 20.), e sujeitas á coacção physica (§. 24.); a *lei moral* ordena, que se cumpram os officios de Direito espontaneamente, i. é, sem esperar pelo uso da força; e muito mais ordena ainda, que se não resista ao direito da força (§§. 15. e 19.). 3.° A lei *juridica* enuncia obrigações negativas; a *lei moral* affirmativas (§. 24.*). Assim que, pelos preceitos da *lei moral* o homem tem a nobre vocação de ser amigo e bemfeitor dos seus similhantes; pelos da *lei juridica* deve abster-se de ser seu inimigo e oppressor (§. 20.). 4.° A *lei moral* ordena ao homem, que cumpra os seus deveres todos (§. 23.), não por algum motivo sensual e exterior, mas obedecendo á vóz da sua consciencia moral (§. 14.*). á qual é responsavel pelas suas intenções (§. 15.); a lei *juridica* reconhece obrigações debaixo d'uma duplicada sancção, — a interior da lei moral (§. 23.), e a exterior d'uma vontade estranha, que póde exigir o seu cumprimento pelo uso da força [§§. 19. e 24.] *).

*) Nos casos, em que a pessoa investida de direito é obri_

gada pelos officios affirmativos da Moral a ceder do uso do seu direito estricto, a *consciencia moral* lhe diz, que o ser inexoravel no exercicio do seu direito é uma immoralidade (§. 13.**); e por isso, que deve preferir a *equidade* ao rigor do Direito (§. 13.***).

§. 27.

Não só em quanto á força imperativa (§. 26.), senão tambem quanto ao *objecto*, differem o *Direito* e a *Moral*. Quem transgride os officios *para com Deos*, é responsavel no fôro da consciencia moral e no tribunal divino; porém não é sujeito á coacção physica, excepto se offender os direitos dos outros, v. g., os fanaticos por desordem. Quem falta aos deveres *para comsigo*, obra immoralmente; mas não falta á justiça juridica; porque não invade a esphera do direito dos outros (§§. 18. e 21.*): excepto se vai ferir os direitos alheios, v. g., dilapidando os bens em prejuizo do direito do seu crédor*). Finalmente quem não cumpre os *officios affirmativos* para com os seus similhantes, é deshumano e immoral; mas não póde ser compellido pela força; porque a beneficencia perderia o seu character de virtude inteiramente dependente da livre vontade e da boa intenção, que não podem ser inspiradas nem mudadas pela força, e das quaes não póde tomar-se conhecimento no fòro externo do Direito [§. 13. **] **).

*) Como o Direito é uma qualidade de relação entre diversos seres racionaes, ou pessoas (§§. 7. e 25.), não podem comprehender-se no quadro da Sciencia Philosophica do Direito os deveres do homem *para comsigo*, nem os deveres *para com Deos*; visto que a uns e outros não correspondem direitos alguns: v. g., não podem descobrir-se nos meus similhantes direitos alguns

correlativos ao dever, que eu tenho, de sustentar pela religião a minha virtude vacillante; nem póde attribuir-se a Deos direito correlativo á obrigação, que têm os mortaes, de lhe prestar culto interno e externo; porque seria considerar a Deos como interessado, e aviltar evidentemente a Divindade, tornando-a dependente das condições prestadas pelos homens. Finalmente tambem não podem entrar no dominio do Direito os deveres *affirmativos;* porque destruiriam a liberdade exterior do homem, que o Direito deve garantir (§. 20.*); visto que o homem é senhor do seu destino e das suas acções pela liberdade juridica, de que goza em tudo o que não lesa os outros (§§. 7., 16.* e 19.*).

**) Não queremos dizer com isto, que o homem não tenha direito a empregar as condições necessarias para conseguir o seu *destino individual*, provendo á sua conservação e desinvolvimento; o *social* pelos actos da *benevolencia effectiva, negativa* e *positiva*, fazendo o bem e evitando o mal aos seres da sua especie; e o *religioso* pelos actos do culto interno e externo: porque o Direito deve garantir ao homem todas estas condições, que são dependentes da sua liberdade (§. 16.); e os outros homens devem respeitar esse direito pela obrigação geral e negativa de não perturbarem o exercicio dos direitos alheios (§. 24.).

§. 28.

Como o direito d'uma pessoa vai até onde chega o direito das outras, é evidente, que no *concurso* dos direitos de diversas pessoas, que por necessidades analogas pretendem a mesma coisa, deve limitar-se o direito d'uma pelo direito da outra, a fim de que as suas pretensões sejam igualmente satisfeitas. A este concurso chamam alguns *collisão* *).

*) Diz-se *collisão* no *sentido proprio* o choque entre dous corpos, que se encontram em direcções mais ou menos oppostas, suspendendo reciprocamente seu movimento; e *figuradamente* o conflicto de duas acções, que, *dadas certas circumstancias*, segundo as disposições das leis

mutuamente se excluem, de modo que é força preferir uma á outra, o que se diz fazer *excepção*. A collisão pois não está nas leis, mas na *reunião de circumstancias*, em que o homem se acha relativamente ás leis, não podendo obrar de modo, que cumpra todos os seus deveres. Se ha conflicto entre as leis, diz-se *antinomia*.

§. 29.

Póde na verdade haver *collisão* relativamente ás *leis moraes*, quando ellas impõem a obrigação de practicar actos externos *affirmativos*, que precisam d'*occasião*; e o homem deverá fazer a *excepção* a favor daquelle acto, que produzir maior bem. Porém, como esta questão tem de ser decidida pela consciencia moral, devemos deixar aos Moralistas as regras, segundo as quaes a excepção deve ser feita.

§. 30.

Não póde porém haver *collisão* entre as *obrigações* juridicas; não só porque, sendo negativas (§. 20. *), podem satisfazer-se por méras omissões, que excluem toda a collisão; senão porque, dependendo a força e execução daquellas, que parecem affirmativas, do arbitrio daquelles, que têm os direitos correlativos, a pessoa, sobre quem ellas pesam, póde e deve olhar-se como paciente, e esperar a determinação dos sujeitos dos direitos *), que podem provocar a sua execução, a que ella é forçada a obedecer (§. 24.). Assim, quando o devedor se acha sobrecarregado com muitas dividas, sem poder satisfazer a todas, deve esperar a resolução, que tomam entre si os seus crédores.

*) Nesta hypothese a questão está antes no concurso de

direitos, do que na collisão das obrigações; e quem a deve decidir, são os sujeitos dos direitos: v. g., no concurso de crédores.

§. 31.

Na collisão, que parece haver, entre as *obrigações juridicas* affirmativas e as *moraes*, á pessoa, sobre quem ellas pesam, não é licito fazer a excepção; porque a juridica lhe é extorquida pela força [§§. 19. e 24.] *). As obrigações juridicas pois vencem as moraes no fôro externo **).

*) Quem ignora, que para satisfazer a justiça exterior (§. 13.***) o homem muitas vezes é forçado a fazer violencia ao seu coração, e a impôr silencio aos sentimentos da piedade, do amor proprio, da beneficencia, da gratidão e da amizade (§. 9.***)? E se o acaso depara algumas hypotheses, em que o sujeito das obrigações juridica e moral póde subtrahir-se á força, e fazer a excepção, esta deve ser regulada segundo os principios da Moral; e a questão neste caso não pertence ao fôro do Direito.

**) Entre as juridicas negativas e as moraes não póde haver collisão; porque os actos negativos não carecem d'*occasião* para se practicarem.

§. 32.

Finalmente na collisão entre as *obrigações moraes* e os *direitos*, i. é, quando alguem se acha na alternativa ou de ceder do seu direito, ou de deixar de cumprir um dever moral, é exteriormente senhor de se determinar, segundo lhe aprouver; porque não é obrigado a dar conta do seu procedimento a ninguem (§. 26.); posto que a Moral lhe ordene, que prefira por equidade a obrigação moral ao rigor do Direito (§. 26. *).

§. 33.

Não póde existir direito sem *titulo*, ou razão, em que se funde. O titulo póde ser geral, ou especial. O titulo *geral* está na natureza humana (§. 4.), para cujo desinvolvimento póde o homem aspirar ás condições necessarias (§. 16.). N'este titulo se fundam os direitos *primitivos* ou *absolutos*, que resultam exclusivamente da natureza geral do homem. O titulo *especial* consiste nos factos, v. g., nos contractos, pelos quaes o homem acquire direitos *particulares* ou *hypotheticos*. O titulo *especial* funda-se no titulo *geral*, que lhe é anterior e superior, em quanto os direitos hypotheticos se referem sempre, mais ou menos, a um direito geral e primitivo, que é determinado pelo titulo especial *).

*) Os JCtos em Direito Convencional ou Positivo fazem distincção entre *titulo* e *modo* d'acquirir um direito; e dizem *modo* aquillo, que serve de meio sufficiente para a acquisição. Porém em Direiro Natural, sendo os modos d'acquirir os indicados pelos principios de Direito, confundem-se d'alguma maneira o *titulo* e o *modo* d'acquirir.

§. 34.

Todo o homem pois, só porque é homem (§. 33.), tem *capacidade* de direitos, que é o poder, que o homem tem, de possuir direitos (§. 7.*), ou d'entrar em uma relação juridica (§. 25.). E se a qualidade de homem se não póde perder, tambem o homem não póde perder esta capacidade. Póde o homem não ter ainda desinvolvida a razão, ou vir a perder o seu uso, como acontece nos meninos e nos mentecaptos: mas tem a natureza humana, tem

o titulo geral de Direito; e por isso é razão que a sociedade lhe subministre as condições necessarias para desinvolver a sua intelligencia, ou para voltar ao uso d'ella.

§. 35.

As *fontes* pois do Direito Natural são a *razão práctica* (§. 22.) e a *natureza humana* (§§. 4. e 33.). A *razão* é o unico principio cognoscitivo do Direito *); porém, para que ella não desvaire, é mistér que o homem afira o Direito, que é a medida do justo (§. 17.), pelo padrão da *natureza humana*; porque dirigindo-se o Direito aos fins, para que a natureza dos homens os destinou, as condições necessarias para o seu conseguimento [objecto do Direito (§. 16.)] devem ser conformes a esta natureza **).

*) Muitos Philosophos contáram tambem como principios cognoscitivos do Direito os *instinctos* e os *sentimentos*. Porém sendo o Direito e o justo idèas de relação (§. 2.** e 25.), estas idèas, bem como as de *ordem* e *harmonia*, são reservadas á intelligencia e á razão do homem. De mais só á força de muitos juizos, que são actos exclusivos da razão, chega o homem a conhecer o seu destino, e as condições aptas para o conseguir, as quaes são objecto do Direito (§. 16.). A *razão* pois é a unica faculdade, pela qual podemos conhecer o Direito Natural, que por isso se póde chamar *Direito da razão* ou *Direito racional* (§§. 2.* e 16*).

**) Os *elementos constitutivos* da natureza humana (§. 4.), e as circumstancias, em que o homem se encontra neste mundo, determinam seu *fim* ou *destino* nesta vida (§. 4.*); de modo que o conhecimento da natureza humana, e o do fim do homem n'este mundo constituem os dous pólos, sobre que gyra e se apoia o *Direito Natural*.

§. 26.

Muitos são na verdade os *subsidios* para o estudo do Direito Natural; porém sómente referiremos os principaes: 1.° todos os ramos da *Philosophia theorica e práctica* *): 2.° a *Historia geral*, a *particular do Direito*, e a *Philosophia da Historia*; porque a Historia é a mestra da vida em todas as relações da humanidade: 3.° o *Direito Positivo* das nações, que, como a *praxe*, esclarece a theoria: 4.° a *observação dos factos*, que é como a pedra de toque, pela qual podem differençar-se as opiniões verdadeiras das falsas **): 5.° a *Politica*: 6.° a *Sciencia da Legislação*: 7.° a *Philosophia do Direito Positivo*.

*) Para resolver quaesquer questões da vida individual do homem, e muito mais da vida social, que é mais complicada, é mistér um conhecimento profundo da natureza humana, dos principios da organização intellectual e physica do homem, de suas faculdades e de suas relações com todos os seres, que o cercam (§. 1.***). A *Philosophia* pois, e particularmente a *Anthropologia*, são sciencias auxiliares da Sciencia do Direito, as quaes deve ter em muita conta aquelle, que se applica ao estudo do Direito Natural.

**) *Fiat observatio* — disse um espirito profundo. É necessario que a *Philosophia do Direito* não remonte tão alto, que as suas regras deixem de poder ter applicação aos usos da vida. Por tanto não nos devemos deixar arrastar por theorias abstractas, senão applical-as á vida individual e social, e observar o que diz a *experiencia* dos factos. Só d'esta arte poderá a razão práctica (§. 22.) estabelecer principios e leis de Direito verdadeiras e interessantes á humanidade.

SECÇÃO

SECÇÃO II.

Limites e divisão do Direito Natural.

§. 37.

Para determinar bem o quadro da Sciencia Philosophica do Direito, cumpre demarcar as *raias* entre ella e as outras Sciencias, que dizem mais respeito á vida humana e ao desinvolvimento individual e social do homem (§. 36.). Ainda que a *Moral* e o *Direito* são ramos do mesmo tronco, — a *razão práctica* (§§. 22. e 35.); e se dirigem ao mesmo fim, — o *destino racional* do homem (§§. 15. e 16.), estabelecendo principios, e deduzindo delles leis e officios, que têm por objecto as acções livres dos seres racionaes (§§. 2.** e 16. *): com tudo estas duas Sciencias têm entre si as differenças, que já indicámos (§§. 24., 26. e 27.).

§. 38.

A *Sciencia geral do Direito* póde dividir-se em Philosophia do Direito, Historia do Direito, e Politica *). A *Philosophia do Direito* estabelece os principios fundamentaes do Direito, taes quaes resultam da natureza e da razão práctica do homem (§. 35.), considerado como ser racional e livre (§. 6.); e determina o modo, por que devem estabelecer-se as relações entre os homens, considerados como sociaes, para que sejam conformes á idêa da justiça exterior (§. 13.***). A *Historia do Direito* expõe as instituições e leis positivas de uma nação nas differentes épochas da sua civilização. A *Politica*, coadjuvada por aquellas, e pela *Estatistica*

que dá a conhecer os factos importantes, e o estado actual do desinvolvimento progressivo da sociedade, indica as reformas, para as quaes a nação está preparada segundo a sua cultura, e as circumstancias particulares, em que se acha.

*) Esta divisão é feita á similhança da que se costuma fazer da sciencia geral relativa á vida e desinvolvimento do homem em *Philosophia*, *Historia* e *Philosophia da Historia*.

§. 39.

O complexo das leis, estabelecidas por uma nação, como condições necessarias para a conservação e desinvolvimento da sociedade, chama-se *Direito Positivo* *). N'elle entram: 1.° leis, que têm a sua origem na natureza e razão práctica do homem, e que de positivas sómente têm a sancção e promulgação **), e são *leis Naturaes do Direito*; 2.° leis, que a razão deduz da natureza da organização da sociedade civil, e que são *leis do Direito Civil Universal*; 3.° leis, filhas das *modificações*, que a *Politica* faz n'aquellas segundo as relações internas e externas da cidade (§. 38.); 4.° *leis arbitrarias* nos casos, em que ha diversos meios igualmente idoneos para conseguir um fim justo, e é mistér entre elles escolher um. Estas especies de leis, de que se compõe o *Direito Positivo*, mostram claramente a differença, que existe entre ellas e o *Direito Natural* ***).

*) A palavra — *Direito* — muitas vezes se toma pelo complexo de leis de certo genero (§. 17.**); e segundo os legisladores, os subditos e o objecto, toma diversas denominações. Tambem se toma pela *Jurisprudencia*, i. é, pelo habito de demonstrar as leis, e de as applicar aos casos occurrentes.

**) *Sancção* é aquella parte da lei, em que o legislador fulmina penas, ou propõe premios, como motivos para determinar os subditos ao cumprimento do que estabelece na outra parte da lei, que se chama *edicto*. A *promulgação* da lei é a publicação ou manifestação, que o legislador faz, da lei aos subditos.

***) O *Direito Positivo* divide-se em *Público*, que é o complexo das leis relativas á constituição e administração públicá da sociedade civil, i. é, á cerca das relações entre os poderes soberanos e os subditos; e *Particular*, que é o complexo das leis, que regulam as relações juridicas entre os cidadãos.

§. 40.

É ligada a esta especie de Direito (§. 39.) a *Philosophia do Direito Positivo*, a qual se occupa do exame da justiça das leis positivas, segundo os principios philosophicos do Direito, e procura a conveniencia destas leis com os fins racionaes do homem segundo os principios da Politica (§§. 36. * e 38.). Por onde é facil de ver a differença entre esta Sciencia e o Direito Natural *).

*) Aquelle, que sómente possue algum conhecimento das leis pela práctica, diz-se *Jurisperito*. Aquelle, que tem um conhecimento systematico das leis, fundado na Philosophia do Direito, diz-se *Juriscienie*: e se a este conhecimento reúne o habito de applicar as leis aos casos occurrentes, diz-se *Jurisprudente* ou *Jurisconsulto* (§. 39.*). Aquelles, que apenas repetem as palavras das leis, sem entrarem no seu espirito, foram chamados por Cicero *leguleios*. Aquelles, em fim, que cavillam as leis, ou abusam da jurisprudencia, são chamados *rábulas*.

§. 41.

Entre o *Direito Natural* e a *Politica* facil é marcar a differença. Aquelle é a sciencia dos direitos; esta é a sciencia dos meios mais aptos

para o exercicio e garantias dos direitos segundo as circumstancias da nação (§. 38.). O *Direito* apresenta os principios fundamentaes e immutaveis, conformes aos elementos constitutivos da natureza humana (§. 4.), e delles deduz leis *necessarias* e *universaes* *): a *Politica* é subordinada ás circumstancias *variaveis* do tempo, logar e pessoas. Quando ha *Direito*, a *Politica* decide, se convem usar da liberdade juridica (§. 25.); quando o não ha, por mais urgentes que pareçam as reclamações da Politica, é força fechar-lhes os ouvidos, e cumprir os deveres juridicos. — *Fiat justitia, pereat, ne pereat mundus.* —

*) Ainda que os deveres juridicos sejam relativos e variaveis (§. 24.); porque as condições, seu objecto, variam segundo os fins (§. 3. *), tempos e logares (§. 36. *): todavia os principios fundamentaes do Direito (§. 4.) subsistem sempre, e, dadas as mesmas circumstancias, as leis do Direito devem ser necessarias e universaes, sendo a expressão daquelles principios.

§. 42.

Muitas têm sido as *divisões*, que os Philosophos fizeram, da *Philosophia do Direito*. Alguns remontáram a um *estado natural*, que cada um pinta a seu modo *); e disseram, que os homens podiam considerar-se ou como *independentes* de toda a auctoridade pública, sendo cada um o unico juiz dos seus direitos, ou como *sujeitos* a ella, e por ella julgados. Chamaram ao estado dos primeiros *particular*; e ao Direito, que lhe é applicavel, *Direito Particular* ou *Direito Natural* propriamente dito: e ao estado dos segundos chamaram *público*; e ao Direito, que regula as suas relações **), disseram *Direito*

Público ***). No *Direito Natural* comprehenderam os direitos absolutos e os hypotheticos (§. 33.), o direito da sociedade em geral e o interno e externo da familia. Ao *Direito Público* adjudicaram as relações juridicas, tanto internas, como externas, da sociedade civil, que dividiram em Direito *Interno* ou *Politico*, e *Externo* ou *das Gentes* ****).

*) Alguns Philosophos não só se persuadiram da existencia d'este estado da natureza, mas quizeram mostrar a conveniencia de que a humanidade retrogradasse para elle: porém outros apenas admittem este estado, como puramente ideal, para melhor se conhecer a natureza humana, e se distinguirem e explicarem os differentes direitos naturaes.

**) Os JCtos definem *estado* o complexo dos direitos, que competem ao homem em certa relação.

***) Outros chamaram estado *primitivo* ou *absoluto* da natureza aquelle, em que podem considerar-se os homens antes de practicarem acções arbitrarias, pelas quaes acquirem direitos *hypotheticos*; e disseram que comprehendia todas as relações juridicas *(direitos absolutos)*, que existem entre os homens, anteriores à qualquer estado *arbitrario*.

****) Esta divisão foi adoptada pelas leis da Universidade de Coimbra, tanto antigas, como modernas, que mandam ensinar o Direito Natural, o Público e o das Gentes. Por tanto temos de tractar do Direito Particular ou do Direito Natural propriamente dito.

§. 43.

Por mais que se queira determinar um estado da natureza, como esphera de applicação do Direito Natural, esta hypothese não passa d'um puro ente de razão *). E visto como cada *idéa fundamental*, que abraça um complexo de factos sociaes, exige uma *instituição social*,

que prosiga sua applicação e desinvolvimento: é natural que o *Direito*, que se refere ás primeiras condições da existencia, encontrasse com cedo entre os homens uma *auctoridade* e *fórmas sociaes*, que procurassem a sua execução, segundo o gráo de civilização de cada época. Este *estado primitivo* do Direito devia em verdade ser muito imperfeito; porém a necessidade da coexistencia dos homens, e do engrandecimento de suas relações sociaes devia forçal-os ao seu aperfeiçoamento, até chegarem, como chegaram, á instituição civil e politica, chamada *Estado*, que tem por fim a execução do Direito e a applicação da justiça.

*) Excepto algum estado momentaneo, ou aquelle, em que se acham as nações umas para com as outras, consideradas como pessoas collectivas ou *moraes*.

§. 44.

Os Philosophos modernos, rejeitando a hypothese d'um estado da natureza, tambem fizeram diversas divisões do Direito Natural. Assim uns dividem-no em *Direito Natural Puro*, que é a sciencia dos direitos e deveres, que derivam da natureza propria do homem; e *Direito Natural Applicado*, que é a doutrina das modificações, que os direitos e deveres, estabelecidos pelo Direito Natural Puro, experimentam nas relações individuaes da vida práctica. No primeiro comprehendem: 1.° o *Direito Natural Absoluto*, no qual se deduzem d'um principio supremo os direitos innatos do homem; 2.° o *Direito Natural Hypothetico*, que tem por objecto o examinar e estabelecer a possibilidade juridica de acquirir direitos; 3.° o

Direito Universal da Sociedade, que tracta do direito *interno* e *externo* da sociedade, considerada em geral, e abstrahindo de qualquer sociedade determinada. E como não podessem comprehender no segundo todas as instuições do Direito Positivo, limitaram-no ás relações mais importantes da vida humana, ao *Estado*, á *Igreja* e á *Familia* *).

*) Esta divisão é feita á similhança da que se faz das Mathematicas em *Mathematicas puras* e *applicadas*; porque assim como às Mathematicas applicadas examinam a natureza physica dos objectos, a que ellas se applicam; assim o *Direito Natural Applicado* examina historicamente a natureza das relações individuaes, ás quaes quer applicar as leis juridicas da razão práctica (§. 22.).

§. 45.

Outros dividem o Direito Natural segundo os *differentes fins* da vida humana (§. 3. *), e as *diversas pessoas individuaes* ou *reunidas*, que os devem realizar; porque o Direito consite nas condições necessarias para o conseguimento destes fins (§§. 16. e 17); e é uma faculdade moral, que compete aos seres racionaes, considerados como pessoas (§§. 7., 18. e 25.).

§. 46.

Com relação ás *pessoas* dividem o Direito em differentes especies: 1.° em *Direito Individual*, que é o Direito, que se refere ao *individuo*, porque o individuo é o primeiro gráo da personalidade (§. 7. *); 2.° *Direito Familiar*, que comprehende o Direito interno e externo da sociedade, chamada *familia*, que é o se-

gundo gráo da personalidade, creado pelo *matrimonio*; 3.° *Direito Municipal*, que consiste nas condições necessarias para a existencia e desinvolvimento do *municipio*, i. é, de muitas familias reunidas; 4.° *Direito Nacional*, que consiste nas condições necessarias para a organização interior da *sociedade civil*, composta de muitos municipios; 5.° *Direito das Gentes*, que regula as relações exteriores entre as nações; *Direito Humanitario*, que comprehende as condições necessarias para o desinvolvimento e progresso da humanidade, a que tambem se dirige o Direito [§. 16.] *).

*) A individualidade é o principio da vida e do movimento social. O individuo não deve eclipsar-se na familia, nem esta no municipio. O municipio deve conservar sua individualidade na nação; e as nações não devem perder sua individualidade no estado federativo, ou na grande sociedade do genero humano.

§. 47.

Com relação aos *differentes fins*, que o homem póde propôr-se e proseguir, dividem o Direito em diversos ramos: 1.° em *Direito Religioso*, que subministra as condições necessarias para as creaturas racionaes prestarem *culto* ao seu Creador (§. 27. **), e garante a *liberdade de consciencia*, que consiste na liberdade exterior de prestar culto a Deos do modo, que o homem julga mais conforme ás Divinas perfeições; porque a força destruiria o character moral das acções pias, sem o qual não teriam valor algum diante de Deos e no fôro interno. Este Direito chama-se *Ecclesiastico*, quando a Religião se acha constituida em Igre-

ja. 2.° *Direito das Sciencias*, que deve subministrar as condições para o desinvolvimento *intellectual* do homem, e garantir a livre investigação da verdade, que as sciencias têm por fim, e a liberdade de ensino; porque ella é a egide tutelar do progresso scientifico, que só se obtem pelo contraste das opiniões differentes. 3.° *Direito das Artes Uteis e das Bellas Artes*, que deve subministrar as condições para o seu desinvolvimento, sem intervir no seu movimento interior. 4.° *Direito de Moralidade*, que consiste nas condições para o desinvolvimento moral do homem (§. 24.), tanto affirmativas, v. g., a educação e a intrucção, como negativas, não exigindo d'elle coisa alguma, que possa violentar a sua consciencia, v. g., formulas de juramento contrarias á consciencia moral daquelles, que o prestam. 5.° *Direito Commercial*, que comprehende todas as condições necessarias para facilitar as transacções, augmentar os meios de communicação, e garantir a liberdade do commercio. 6.° *Direito do Estado*, que subministra as condições necessarias para o desinvolvimento do Direito e da justiça [§. 43.] *).

*) Não tractaremos de todas estas especies de Direito, não só porque muitas dellas pertencem ao *Direito Público* e *das Gentes*, mas tambem porque, sendo esta obra destinada a servir no plano de estudos da Universidade, é mistér accommodal-a á sua legislação (§. 42.****).

SECÇÃO III.

Utilidade e systemas de Direito Natural.

§. 48.

Ainda que o Direito Natural não tivesse outro resultado mais que esclarecer a noção do Direito, estabelecer os principios geraes, que são o fundamento da justiça, e estremal-os dos principios das outras sciencias relativas á vida social, e principalmente dos da Moral, determinando quaes são as acções justas ou injustas no fôro interno e externo: o seu estudo seria muito proprio do homem, que, dotado da intelligencia, aspira a conhecer as razões das leis e instituições das nações, e a appreciar a justiça das acções, tanto suas, como dos seus similhantes (§. 2.).

§. 49.

Não sómente é util o Direito Natural pela satisfacção, que o estudo da Philosophia do Direito causa a um desejo verdadeiro e elevado dos seres intelligentes; senão ainda pelo interesse práctico de sua applicação, ou se tracte *de jure constituendo*, ou *de jure constituto*.

§. 50.

Quando o *Poder Legislativo* se occupa de fazer alguma lei, ou de derogar *) as feitas, deve consultar sempre os principios immutaveis do justo, para que a lei não seja contraria

á *Justiça Natural*, e deve pesar bem as circumstancias especiaes, em que se acha a nação, subministradas pela Historia e pela Estatistica (§. 38.), para que a lei não encontre os principios da *Politica* (§. 40.). Porém ainda com relação á Politica sóbe de ponto a utilidade do Direito Natural, diante do qual devem ceder as exigencias, ainda as mais urgentes, da Politica [§. 41.] **).

*) Dá-se *abrogação* da lei, quando a lei posterior tira a força obrigatoria a toda a lei anterior; *derogação*, quando a posterior sómente tira a força a parte da anterior; *obrogação*, quando a posterior muda parte da anterior; e *subrogação*, quando a posterior accrescenta alguma coisa á anterior. A excepção á regra geral de uma lei, feita a favor d'alguma ou algumas pessoas determinadas, e anterior á práctica da acção, diz-se *dispensa* ou *privilegio*; porém depois da acção practicada, sómente tem logar o *perdão* e a *amnistia*.

**) Por isso a *Sciencia da Legislação* ensina, que as leis positivas devem ter *bondade absoluta*, i. é, devem ser conformes aos principios da Justiça Natural; e *bondade relativa*, i. é, estar em harmonia com as circumstancias particulares da nação, v. g., com a religião, clima, extensão do territorio, fórma de governo, etc.

§. 51.

Só a *Philosophia do Direito*, subministrando os primeiros principios da justiça, póde introduzir a unidade e a ordem no estudo do *Direito Positivo*; e não só serve para demonstrar a justiça, ou injustiça das leis positivas, que sem ella poderiam ser as mais arbitrarias e absurdas, sem que se podesse com razão censural-as de injustas; senão tambem é d'alta monta para a interpretação d'ellas: porque a Phi-

losophia do Direito, a pezar das modificações da Politica, subministra uma grande parte das leis, que constituem o Direito Positivo (§. 39.). Finalmente não podendo as leis positivas ser universaes, quanto ao seu objecto, pela imperfeição inherente a todas as obras humanas; e pelo contrario sendo-o as Leis Naturaes do Direito (§. 41.): nos casos omissos na legislação Positiva é força, que os juizes recorram á legislação Natural, para julgarem e decidirem as questões entre as partes litigantes *).

*) Por isso muitos codigos de nações civilizadas mandam recorrer nos casos omissos ao Direito Natural. Entre nós póde dizer-se, que tambem é subsidiario este Direito; visto que pela Lei de 18 de Agosto de 1769 sómente póde recorrer-se nos casos omissos ás leis romanas, que forem conformes á boa razão, i. é, ao Direito Natural.

§. 52.

Entre os Philosophos, que escreveram á cerca da *Moral* e da *Legislação*, encontram-se alguns muito distinctos, que negaram a existencia d'uma lei obrigatoria, deduzida sómente da natureza humana; e outros, que, reconhecendo a existencia d'ella, caminharam á mercê de principios falsos ou incompletos. Pertencem á primeira categoria os auctores de todos os systemas *pantheistas*, de todos os *mysticos*, de todos os *scepticos*, e de todos os que negam a *liberdade humana*. Não cabe na estreiteza dos limites d'esta obra o expôr e refutar todos os systemas d'uns e outros; e por isso só fallaremos dos principaes.

§. 53.

A *Eschola Historica* pretende justificar todas as leis e instituições positivas sómente pelo desinvolvimento e costumes precedentes dos povos. Porém, como estes factos podem ser justos ou injustos, segundo forem conformes ou contrarios ás leis da razão práctica (§. 50.), falta o meio de distinguir uns dos outros, meio, que sómente póde encontrar-se nos principios geraes da Philosophia do Direito. Quanto mais, que esta theoria presuppõe ou estacionaria a vida social dos povos; ou que ella chegou ao zenith do seu desinvolvimento e perfeição, contra a lei incontestavel do progresso (§. 16. *).

§. 54.

A *utilidade*, como principio das leis, não é descoberta nova de Bentham, que nella fundamentou o seu systema de legislação: os sectarios d'Aristippo e d'Epicuro já haviam fundamentado a *religião* sobre o *medo*, e as *leis* sobre a *utilidade*; e foram refutados por Cicero. *Utilidade* é um termo vago e relativo, que não póde por isso servir de base a um systema. É verdade que Bentham pretendeo determinal-a pelas idêas de *prazer* e *pena* (§. 6.*): porém o prazer e pena são tão vagos e relativos, como a utilidade; porque as sensações de prazer e pena não são identicas em todas as pessoas. Aquelle, que tem cultivado o espirito, encontra prazeres, que não sente o homem grosseiro e embrutecido. Nem póde salvar o systema *utilitario* o recorrer Bentham á *utilidade geral;* visto que esta não

é outra cousa mais, que a somma dos interesses individuaes.

§. 55.

Hobbes estabelece, como principio das leis, a *força;* porque lhe pareceo que os homens eram propensos a satisfazer aos seus desejos, ainda á custa de seus similhantes, e por isso naturalmente máos, e o seu estado natural o de guerra. Porém facil é de ver, que, se os homens fossem dotados de similhantes propensões, com cedo desappareceria o genero humano da superficie da terra. Felizmente o espirito de *sociabilidade* (§. 6.) e de *sympathia,* que o homem tem pelos seus similhantes, prova evidentemente a falsidade deste systema.

§. 56.

Alguns entenderam que um *certo numero de maximas uteis* devia formar o codigo das Leis Naturaes. Mas ainda que seja indubitavel a existencia de maximas conformes á razão e uteis á humanidade, como distinguil-as das falsas e prejudiciaes á especie humana? O *consenso* dos povos não póde invocar-se como criterio da verdade, pela diversidade de suas opiniões e prejuizos. O Indio dirá, que satisfaz a uma obrigação de Direito Natural a mulher, que se queima com o cadaver de seu marido: o China dirá, que é justo, quando expõe os filhos, por se achar sobrecarregado com uma numerosa familia: e o selvagem dirá, que tem direito para abandonar o decrepito pae, cujas mãos já não podem sustentar o arco e as séttas, com que matava a caça para alimentar-se.

§. 57.

Não ha outras leis, senão as que o homem encontra gravadas em seu coração. Este systema, por vago e incerto, não póde admittir-se. Os sentimentos do coração variam segundo a educação, os habitos e outras circumstancias, v. g., as idades, as doenças, etc. Se ha homens dotados de sentimentos nobres e virtuosos, tambem os ha arrastados por sentimentos baixos e viciosos. Este systema tem muita analogia com o do *senso intimo* de Hutcheson.

§. 58.

O Dr. Warburton e Mr. de Bonald procuraram o fundamento do Direito Natural na *vontade de Deos, revelada pelos Livros de Moysés e pelos do Christianismo.* Salvo porém todo o respeito a estes Livros Santos, similhante pensamento não é philosophico: porque se confundiria o Direito Natural com o Direito Divino Positivo; e uma parte da especie humana, que não reconhece estes Livros, não poderia ter conhecimento dos principios da Justiça Natural, nem ter boas leis positivas, como póde ter (§. 50.), e de facto tem, como prova a observação.

§. 59.

Uma crença religiosa, qualquer que ella seja, é o fundamento da Legislação Natural Este systema dá por base ao Direito Natural religiões falsas, que existem em diversos povos. E ainda que se queira restringir a base ao sentimento religioso, natural ao homem, é certo

que d'um principio tão estreito se não podem deduzir os direitos, que o homem tem para comsigo, e para com os outros seres da sua especie (§§. 27. ** e 46.).

§. 60.

Pela mesma razão de muito estreito não póde admittir-se o systema dos *Socialistas*, que fundamentam o Direito Natural no *principio da sociabilidade*. Este principio é verdadeiro (§. 6.); mas não basta para explicar os direitos, que se referem aos actos necessarios para a nossa conservação e desinvolvimento, e para o culto devido a Deos (§. 27. **).

§. 61.

Thomasio foi o primeiro Philosopho, que procurou distinguir o Direito da Moral, adjudicando á *Moral* as obrigações *internas*, dependentes da liberdade, e por isso imperfeitas, e reservando ao *Direito* as obrigações *externas*, independentes da boa ou má vontade, e submettidas a uma instituição de sujeição exterior, e por isso perfeitas. Thomasio deu na verdade um grande passo para a distincção entre o Direito e a Moral: porém importava determinar primeiro os verdadeiros principios do Direito, para marcar os justos limites da sujeição exterior, e poder conhecer-se, quando a força é justa ou injusta (§. 19.); visto que ella não é medida do Direito (§. 24.). De mais, não póde negar-se, que as acções internas (§. 16.), quando vestem um character d'exterioridade, entram no dominio do Direito (§ 13. **).

§

§. 62.

Montesquieu define as leis — *as relações necessarias, que se derivam da natureza das coisas.* Deos, creando o mundo, deu a cada uma das coisas sua natureza particular. Entre estas existem *relações*, que as ligam, e formam dos seres, que compõem a creação, um todo harmonico, que é o universo. A razão comprehende estas relações, e vê que ellas devem ser respeitadas. Daqui nasce a *obrigação*, que tem todo o ser racional e livre, d'obrar conformemente a ellas. Porém esta definição é muito larga; porque nem todas as relações necessarias, deduzidas da natureza das coisas, podem ser *leis* do Direito Natural. Aquelle, que, querendo aquecer-se, se approxima do gêlo, e não do lume, obra *absurdamente;* mas nisto não viola uma *lei* ou *obrigação juridica.* Quanto mais, que resta saber, quaes são as relações, que são leis *preceptivas*, e quaes as que constituem leis *prohibitivas.*

§. 63.

Kant distinguio o *Direito* da *Moral*, como Thomasio (§. 61.), e fez consistir o Direito nas *condições da coexistencia da liberdade de todos;* de modo que chama justa toda a acção, que, practicada por todos, não produz impedimento á liberdade de ninguem. Já vimos as razões, por que esta definição não póde ser admittida (§. 17. *).

§. 64.

Krause foi quem acquirio grande merito

pelo pleno desinvolvimento e rigorosa determinação do principio do Direito. No seu *Resumo de Direito Natural* (1802) tinha definido o Direito — *o complexo das condições exteriores, de que depende o destino racional do homem e da humanidade*. Porém depois em uma obra posterior sobre *Philosophia do Direito* (1828) deu a definição do Direito, que já adoptámos (§. 16.). Esta definição abraça tudo o que as definições, anteriormente dadas, encerram verdadeiro, sem participar de seus defeitos. Refere-se á *sociabilidade*, como a de Grocio; porém prescreve além disso as condições para o desinvolvimento da vida social. Separa o *Direito* da *Moral*, como a de Thomasio, não pelo character secundario da *força*, senão distinguindo a Moral do Direito como *fim* e *meio* (§. 24. e *). Assegura a *coexistencia da liberdade* de todos, como a de Kant; porque a liberdade é a faculdade humana, pela qual devem proseguir-se os fins racionaes: porém não se limita á liberdade, antes se refere a todas as faculdades e a todos os fins do homem (§. 17.*). Faz entrar na esphera do Direito as *acções internas*, quando têm um *character d'exterioridade*, manifestado por signaes exteriores, que as levam ao fôro externo. Finalmente esta definição satisfaz ás exigencias da logica; porque é *positiva* e *geral;* e não ha caso algum de Direito, que nella não seja comprehendido (§. 16. e *).

PARTE II.

DIREITO NATURAL ABSOLUTO.

SECÇÃO I.

Direitos absolutos do homem.

§. 65.

JÁ dissemos, que os direitos eram *absolutos* ou *hypotheticos*, segundo se fundavam no titulo geral ou especial de Direito [§. 33.] *). A primeira classe comprehende todos os direitos, que se deduzem exclusivamente da natureza humana (§. 4.), e que são a base para o homem poder acquirir outros direitos; a segunda abrange todos os direitos, que se derivam da natureza do homem, intervindo algum facto, pelo qual o homem os acquire, ou só, ou conjunctamente com os outros **).

*) Os primeiros chamam-se tambem *innatos*, *primitivos*, *universaes*, ou *communs*; e os segundos, *singulares*, *particulares*, *condicionaes*, ou *proprios*. Alguns chamam tambem ao direito primitivo *formal* ou *ideal*, em quanto se deduz d'uma fórma da razão, abstrahindo do objecto determinado, a que se applica, e em quanto é a fórma e fundamento de todo o direito, que se póde imaginar: e aos direitos, d'elle derivados, chamam *materiaes*, em quanto se referem a certos objectos, como á materia da sua applicação, v. g., o direito á conservação da vida, o direito ao uso das coisas, etc.; ou *applicados*, em quanto se applicam ás relações existentes entre os homens (§. 44.).

**) Quando dizemos que os direitos da primeira classe são

absolutos, não queremos dizer, que não tenham limites em sua applicação; porque nascendo da natureza humana, que é identica em todos os homens (§. 4.), pertencem igualmente a todos: e por isso é força que os direitos absolutos d'um homem vão até onde chegam os direitos absolutos dos outros (§. 28.). Mas são chamados *absolutos*, porque a sua existencia não depende de facto algum d'acquisição, ainda que todos elles presuppõe o homem coexistindo com outros homens em sociedade, e muitos d'elles carecem de certas circumstancias exteriores, v. g., o facto da lesão, como condição para a sua applicação (§. 18.*). Tambem são chamados *universaes* e *communs*, porque competem a todos os homens, só porque são homens (§. 34.). Aos da segunda classe chamam *hypotheticos* ou *condicionaes*, porque sómente se acquirem, dadas certas circumstancias; e *singulares*, *particulares*, ou *proprios*, porque competem sómente ás pessoas, a quem se referem os factos, que lhes deram occasião. Estes direitos tambem se podem chamar *universaes*, em quanto a sua acquisição é juridicamente possivel a todos os homens.

§. 66.

Como pois os direitos absolutos se deduzem da natureza fundamental do homem (§§. 4. e 65.), é facil de ver que deve haver tantos direitos absolutos, quantas forem as *qualidades essenciaes* e *fundamentaes* da natureza humana.

§. 67.

A primeira qualidade do homem, e que abrange todas as outras, é a de *pessoa* (§. 7.), da qual lhe resulta a dignidade moral e juridica (§. 8.); podendo exigir dos outros, que o não tractem como coisa ou méro meio para seus fins arbitrarios, senão como ente racional e exteriormente livre (§. 20.*), que tem um fim proprio (§. 21.). Desta qualidade fundamental

resulta um direito absoluto ou primitivo, que o homem tem sobre si mesmo, e pelo qual diante dos seus similhantes ousa viver e conservar-se com todas as vantagens, de que a natureza dotou sua alma e seu corpo (§. 5.). Este direito póde chamar-se *direito de personalidade*, considerado no sentido subjectivo.

§. 68.

O *direito de personalidade* pois, considerado objectivamente, comprehende todas as condições necessarias para a conservação e desinvolvimento da personalidade, e para o reconhecimento e respeito da dignidade moral e juridica do homem. Por tanto nelle se encerram todos os outros direitos absolutos, que d'elle podem derivar-se.

§. 69.

O primeiro direito absoluto, que se encerra no direito da personalidade, é o *direito da justa actividade*, i. é, o direito do homem sobre as suas acções. Em virtude d'este direito, o homem póde, segundo o seu alvedrio (§. 25.), obrar, ou deixar d'obrar, dentro da esphera da sua actividade (§§. 17. e 18.); pois o constranger ou embaraçar a sua justa actividade contra sua vontade, seria tractal-o como meio, seria lesal-o [§§. 18. * e 21.] *).

*) Todos os outros direitos absolutos se deduzem immediatamente d'este direito; porque todas as condições (objecto do direito) podem ser reduzidas aos effeitos da actividade humana (§. 16. *).

§. 70.

Do direito do homem sobre as suas acções deriva-se em primeiro logar o *direito de liberdade*, sem a qual não póde existir pessoa juridica (§§. 7. e 8.). A *liberdade* é uma faculdade, que, bem como todas as faculdades do homem, deve dirigir-se aos seus fins racionaes (§§. 3.*, 16. e 64.). O *direito de liberdade* consiste nas condições necessarias para a conservação e desinvolvimento d'esta faculdade; e todo o homem tem direito ao exercicio d'ella, sem que a sociedade ou os outros homens lhe opponham obstaculos alguns *). E, como os fins, a que o homem póde aspirar, são muitos (§. 3. *), póde dizer-se, que ha tantas especies de liberdade, quantos são os fins, a que ella se refere. Assim que ha liberdade *religiosa*, liberdade *moral*, liberdade d'*ensino* nas sciencias e nas artes, liberdade de *commercio*, e liberdade *juridica* ou *politica* [§. 47.] *).

*) O homem é senhor do seu destino, e livre na escolha dos fins e no emprego das condições para o conseguir (§. 16.). O intervir o *Estado* ou *alguem* n'esta escolha e emprego, seria tractar os homens como crianças (§. 34.), ou antes como coisas, destituidas de razão e liberdade (§. 6.): seria, privando os homens da liberdade, prival-os de moralidade, que sem ella não póde existir (§. 13. **): seria, tirando-lhes a capacidade de direitos (§. 34.), abatêl-os de pessoas a coisas (§. 7. *): e finalmente seria impôr a cada passo fins contra a vocação dos individuos, e prescrever meios e condições, que lhes fossem impossiveis, ou pelo menos mais difficeis na situação particular de cada um (§. 3. *).

§. 71.

O homem tem pois direito a usar da li-

berdade tanto *interior* *) [liberdade d'opiniões e de consciencia], professando e manifestando as opiniões religiosas, scientificas, etc., com inteira independencia dos outros; como *exterior* (§. 20.*), ou de acção (§. 69.). E sómente deve responder pelo abuso, que fizer lesando os direitos dos outros (§. 19.*).

*) Sómente chamamos *interior* a esta liberdade, porque recáe sobre acções interiores, — as opiniões. Na Philosophia do Direito não póde deixar de se considerar como *exterior*; não só porque a causalidade necessaria das leis logicas do espirito exclue a liberdade interior de professar quaesquer opiniões (§. 5.); mas tambem porque o Direito só póde garantir esta liberdade, ou quando as acções interiores vestem um character d'exterioridade pela manifestação (§. 16.*), ou quando contra ella se dirigem attaques exteriores dos outros homens, querendo compellir a qualquer para professar opiniões contra a sua convicção, e contra a regra — *ad impossibilia nemo tenetur*.

§. 72.

Tambem póde derivar-se do direito do homem sobre as suas acções o direito, que se refere á *sociabilidade*, i. é, á aptidão ou tendencia, que o homem tem a associar-se aos seus simílhantes para todos os fins racionaes [§. 6*] *). Este direito diz-se *direito d'associação*; e consiste nas condições necessarias para o exercicio e desinvolvimento d'esta faculdade **).

*) Tem-se pretendido derivar esta faculdade d'um instinto *moral* ou *sympathico*, que leva o homem até os seus *similhantes*, e o eleva até Deos. Temos porém para nós, que ella não tem a sua origem em um só principio da natureza humana; que é antes o resultado completo das differentes tendencias e disposições humanas; e que a sensibilidade, os sentimentos e a intelligencia concorrem para a grande obra da associação.

**) Póde definir-se *associação* ou *sociedade* a reunião de duas ou mais pessoas, que põem em commum alguns capitaes ou industria para obterem um fim determinado.

§. 73.

O *direito d'associação* é de grande monta para os homens conseguirem o seu destino; porque o homem solitario pouco póde, associado póde tudo. As poucas forças do individuo não podem procurar-lhe todas as condições necessarias para o seu desinvolvimento; porém, reunido pela associação aos seus similhantes, não soffre necessidade, que não possa ser satisfeita, não se propõe fim racional, para que faltem os meios *).

*) Tanto nas *sciencias* e nas *artes*, como nos diversos *ramos da industria*, é muito util a associação; porque os homens reunidos podem pelo concurso da sua intelligencia e actividade executar trabalhos, que seriam superiores ás forças separadas de cada um. Sem associação não haveria os caminhos de ferro, pelos quaes o homem como que vôa d'uma para outra provincia; nem as carreiras dos barcos de vapôr, que têm feito quasi visinhos os paizes mais distantes; nem finalmente as sciencias e as artes teriam chegado ao gráo de perfeição, em que as vemos, se não fossem os esforços reunidos dos homens sabios nas universidades e academias.

§. 74.

A *associação* *) é de duas especies: uma, que abrange *toda a vida* das pessoas associadas; outra, que comprehende certos *fins particulares*, sem obrigar a personalidade inteira por toda a vida. Estas duas especies d'associação constituem duas series, que correspondem ás duas series de fins principaes da vida humana (§§. 46. e 47.).

Pertencem á primeira:

A associação *matrimonial* e da *familia*;

A associação *municipal*;

A associação *nacional*;

A associação ou *federação* de muitas nações;

A associação de toda a *humanidade*.

Pertencem á segunda:

A associação *religiosa*, ou a instituição da *Igreja*;

A associação *scientifica*;

A associação *artistica*;

A associação *industrial* e *commercial*;

A associação *civil* e *politica* chamada Estado **).

*) O homem tem direito d'associar-se: porém a *obrigação* de viver em sociedade é sómente *moral*, e não juridica; porque não podem determinar-se as pessoas, a quem pertença o direito correlativo, visto que o homem não póde viver em sociedade com todos os homens, que povôam a terra.

**) Não falámos da associação moral; porque infelizmente apenas ha della alguns vestigios nos hospitaes, misericordias, asylos de primeira infancia, e de mendicidade, e nas associações para promover a temperança contra a embriaguez e palavras obscenas. Seria porém para desejar, que a esta especie d'associação se désse uma organização cabal, e o maior desinvolvimento possivel, para minorar os terriveis effeitos do pauperismo.

§. 75.

Tambem é absoluto o *direito d'independencia*, que consiste nas condições necessarias para conservar a nossa personalidade isempta de qualquer arbitraria *coacção* d'outrem; porque nenhum homem, só pelo titulo geral da natureza humana (§. 33.), póde ter a faculdade ju-

ridica de *constranger* outro a practicar ou omittir acções, que a este permitte a lei juridica dentro da esphera da justa actividade [§. 26.] *).

*) O direito d'independencia confunde-se com o direito de liberdade (§§. 70. e 71.); porque a liberdade exterior consiste na independencia da vontade dos outros (§. 20. *). Porém este direito veste uma nova fórma, que se presta melhor a algumas demonstrações posteriores.

§. 76.

O *direito d'independencia* da nossa pessoa comprehende a *alma*, o *corpo* e as *faculdades* tanto de uma, como do outro. Deste direito pois se derivam os direitos d'empregar as condições necessarias: 1.° para a *conservação da vida*; 2.° para o *desinvolvimento moral* do homem (§. 47.); 3.° para a *cultura* e *aperfeiçoamento da razão* theorica e práctica (§. 22.); 4.° para conservar a *perfeição natural* do corpo (*saúde*), e para acquirir a *adventicia* (*dexteridade*, *agilidade* e *decóro*); 5.° para satisfazer aos *officios moraes* para com Deos *), para comsigo, e de caridade para com os outros (§§. 24. e * e 27. **).

*) A relação juridica deste direito não é entre o homem e Deos; porque o homem não tem direitos relativamente à Deos ou á Natureza (§. 16. *): mas é entre o homem e os seus similhantes. A este direito corresponde nos outros homens a obrigação juridica geral e negativa de não embaraçarem o seu exercicio (§§. 24. e 27.).

§. 77.

O Direito dirige-se não só ao fim *individual*, mas tambem ao *social* do homem e da *humanidade* (§§. 16. e 64.). E por isso deve subministrar e garantir as condições: 1.° para

promover a *conservação* dos outros homens; 2.° para os ajudar a conseguir os seus *fins racionaes;* 3.° para auxilial-os no *desinvolvimento* das suas faculdades physicas e intellectuaes; 4.° para concurrer com as suas luzes e descobertas para o augmento das *sciencias* e das *artes*, e para promover o desinvolvimento e progresso da *civilização da humanidade* *).

*) Estes direitos com relação a determinadas pessoas, a quem queiramos beneficiar, não passam, contra vontade dellas, além do *offerecimento* do nosso auxilio; porque são ellas os verdadeiros juizes do que lhes convem, e póde acontecer, que nós, julgando fazer-lhes bem, lhes façamos mal. Alem disso, o conferir por força um beneficio a pessoa, que tem uso de razão, seria lesar o seu direito d'independencia (§. 75.). Com relação porém a terceiras pessoas, são *verdadeiros direitos;* porque aquella, que embaraçasse o nosso direito ao exercicio da benevolencia effectiva (§. 27. **), invadiria a nossa esphera juridica, e seria injusta.

§. 78.

Este *direito de beneficiar* os outros vai mais longe a favor daquelles individuos, que por algum defeito physico ou intellectual, perpetuo ou temporario, não podem conseguir o seu destino racional, v. g., os impuberes, os dementes, os furiosos, os embriagados, etc. Estes, porque estão privados do uso da razão e da liberdade, não gozam do exercicio do direito d'independencia (§. 75.), e é licito compellil-os por força áquillo, que elles mesmos, se tivessem uso da razão, fariam ou deveriam fazer *). Não é porém licito o tractal-os como coisas ou méros meios para fins alheios (§. 34.); o que seria lesão (§. 21. e *): nem causar-lhes um mal maior, do que a falta do bem, que por força lhes queremos fazer.

*) Assim que, podemos embaraçar que qualquer homem se suicide; porque póde presumir-se que elle não tem o uso perfeito da razão. Pelos principios destes dous §§. deve entender-se a regra — *Invito non datur beneficium.*

§. 79.

Facil é de comprehender, que o *direito de personalidade* (§. 67.) abrange o uso das coisas *internas* (§. 7. **), v. g., das faculdades do homem, e dos seus productos, — as acções (§. 69.); porque a natureza ligou estas coisas á personalidade. Porém a razão e a observação (§. 36. **) dizem-nos, que sem o uso das coisas *externas*, v. g., para nos alimentarmos, para resistirmos á intemperie das estações, etc. *), não podemos conservar-nos, nem desinvolver-nos, nem conseguir os nossos fins racionaes. Por tanto o homem tem um direito absoluto d'*usar das coisas externas*, como condições necessarias para a sua conservação e desinvolvimento [§. 16. *] **).

*) Quando empregamos as coisas como meios para os nossos fins (§. 7. ***), *usamos dellas*; se temos a faculdade physica (§. 19. *) d'usar dellas com exclusão dos outros, por estarem debaixo do nosso poder physico, *detemol-as*; se as detemos com animo d'excluir os outros do uso d'ellas, *possuimol-as*; se acquirimos a posse dellas, *apprehendemol-as*; se apprehendemos as coisas com animo declarado de dispôr d'ellas com exclusão dos outros (no que consiste o *dominio*), *occupamol-as*.

**) Este direito absoluto d'usar das coisas externas é um direito *puro* e *ideal*, e não está inherente a certas e determinadas coisas, i. é, não é *material* (§. 65. *). Póde em virtude d'este direito absoluto acquirir-se, v. g., pela occupação, como veremos, o dominio; mas o dominio, como dependente do facto da acquisição, pertence aos direitos hypotheticos (§. 65.).

SECÇÃO II.

Natureza dos direitos absolutos.

§. 80.

Visto que os *direitos absolutos* nascem com o homem, e são um resultado necessario da sua natureza (§. 65.): é evidente, que elles não necessitam de *prova*, para o homem os fazer valer diante dos outros homens, em quaesquer circumstancias, em que se ache collocado. Não é porém o homem obrigado a reconhecer os *direitos hypotheticos* d'outro, sem que este prove a existencia do facto seu ou alheio, donde elles resultam; porque os factos não se presumem.

§. 81.

Assim como o titulo geral de direitos é anterior ao especial, que lhe é subordinado (§. 33.), assim o *direito primigenio* é a *fonte*, donde manam todos os *direitos hypotheticos*, que não são mais, do que emanações ou modificações dos direitos absolutos, determinadas por um facto particular *). Assim que, dizemos *um contracto justo* ou *injusto;* porque acima d'elle estão os direitos primitivos, que os pactuantes devem respeitar **).

*) Por esta razão é que o homem não póde por um contracto tornar-se escravo, renunciando totalmente á sua liberdade natural, sem a qual deixaria de ser pessoa (§. 7.).

**) Póde por tanto dizer-se, que os *direitos hypotheticos* são tão *sagrados* e *inviolaveis*, como os direitos absolutos, quando aquelles são legitimamente acquiridos. Neste sentido deve entender-se a regra — *os direitos não soffrem excepção.*

§. 82.

Os *direitos absolutos* são *iguaes* *) em todos os homens, ainda naquelles, que se acham privados do seu exercicio por algum defeito physico ou intellectual (§. 78.); porque nascem do titulo geral da *natureza humana* (§. 65.), que em seus elementos constitutivos **) é *identica* em todos os homens (§. 4.). Pelo contrario os *direitos hypotheticos*, acquiridos por *factos variaveis* entre os homens, são *desiguaes* ***).

*) Alguns Philosophos consideram a *igualdade* dos direitos absolutos como um direito absoluto em si mesmo: no entretanto a *igualdade* é sómente uma *qualidade essencial* de todos os direitos absolutos. Assim como todo o direito contém a qualidade essencial da faculdade de *coacção* (§. 19.), assim os direitos absolutos encerram a da *igualdade* para todos os homens.

**) Esta *igualdade* é um resultado da *natureza humana*, que já dissemos que em seus elementos constitutivos era commum a todos os homens; porque o typo do genero humano era só um (§. 4.). O reino animal na verdade divide-se em differentes especies d'animaes, as quaes variam em organização e natureza segundo o logar, que occupam na escala animal desde os mais imperfeitos até ao homem, que é a corôa da creação. Porém em cada especie ha seu typo e sua natureza commum. Assim a especie humana, posto que abranja differentes raças, tem uma natureza fundamental e commum a todas ellas. Ha na verdade algumas differenças; mas não são essenciaes: porque todas as raças na parte physica são dotadas dos órgãos necessarios á vida; e na parte moral, das faculdades do pensamento. A raça branca parece mais favorecida da natureza, tendo as faculdades mais perfeitas. Porém como as ou-

tras raças têm o poder de as desinvolver, podem todas ellas conseguir os fins da creação, empregando para isso as condições necessarias.

***) A *igualdade* de direitos absolutos com cedo sobrevem a *desigualdade* dos direitos hypotheticos; ou seja pela diversidade do *desinvolvimento*, que o homem dá ás suas faculdades e relações (§. 16.*), o qual, por depender da sua livre actividade, varía entre os individuos; ou seja pela diversidade d'*applicação* a certos fins, para que têm vocação (§. 3.*); porque, sendo tantos e tão vastos os fins, que a providente natureza indicou aos homens, não póde cada homem dirigir-se a todos, e tem por isso a faculdade d'opção, como senhor do seu destino, para se dirigir áquelles, que mais se conformam com a sua condição natural, e circumstancias, em que se acha collocado (§. 3.*). Isto porém não obstante, os diversos fins, que o homem póde propôr-se, como devem resumir-se em o fim geral da natureza humana (§. 4.*), póde dizer-se em geral que são todos igualmente *importantes*.

§. 83.

Importa pois distinguir nesta materia da *igualdade* tres pontos principaes: 1.° a igualdade fundamental de disposições e faculdades [§. 4.] *); 2.° a desigualdade de desinvolvimento e de applicação [§. 3.] **); e 3.° a igualdade de dignidade de todos os ramos da actividade humana [§. 82.***] ***).

*) Desta *igualdade fundamental* nasce o direito absoluto, que têm igualmente todos os homens, a haverem as condições necessarias para o desinvolvimento de suas faculdades, v. g., a educação e a instrucção, e os meios physicos necessarios para a vida material.

**) Desta desigualdade resulta a diversidade dos direitos hypotheticos (§. 82.); porque segundo o estado do desinvolvimento, e o fim, a que o homem se dirige, assim necessita de diversas condições: v. g., o homem, que se applica ás sciencias, ha mistér condições diversas daquellas, de que necessita o que se entrega a

qualquer ramo d'industria (§. 47.), etc. Porém nesta desigualdade de direitos hypotheticos está ainda a verdadeira igualdade; pois *seria desigualdade tractar igualmente condições desiguaes.*

***) Desta igualdade de *dignidade* de todos os ramos da actividade do homem se deduz, que se não devem conceder a nenhuma das profissões sociaes prerogativas, privilegios, ou distincções, que tornem uma superior á outra; porque esta superioridade facticia romperia o equilibrio, que naturalmente se estabelece entre ellas: excepto quando se quer favorecer algum ramo d'industria nascente. Afóra este caso, todas as industrias e profissões, em geral e diante da lei, se devem considerar como igualmente importantes.

§. 84.

A igualdade divide-se em *material* e *formal.* Aquella é a que resulta da repartição igual de todos os bens sociaes por todos os individuos *). Esta repugna á desigualdade do desinvolvimento e applicação (§. 82. ***).

*) Tal é a que ainda hoje existe em algumas corporações religiosas, e houve em algumas sociedades nascentes, e que alguns escriptores politicos olham como o fim, a que devem tender todas a reformas sociaes. É o que hoje se chama *communismo* e *socialismo*.

§ 85.

A igualdade *formal* é a igualdade diante da lei, que nunca chega a destruir inteiramente as desigualdades sociaes *). Esta igualdade exige que qualquer homem, por mais humilde que seja a sua condição, seja reconhecido como pessoa moral e juridica, como uma *personalidade inviolavel*, só porque é homem (§§. 4. 7. e 34.).

*) Seria aqui o logar de fallarmos da *origem da desigualdade*

dade entre os homens, da *instituição das castas*, da *escravidão*, da *servidão feudal*, e do *pauperismo*. Porém como devem ser consultados os principios da *Politica* e da *Economia Politica* no exame destas questões, temos para nós que ellas pertencem antes ao *Direito Publico*, do que ao *Direito Natural*.

§. 86.

Os *direitos absolutos* do homem são *inalienaveis*, i. é, não póde o homem ser privado d'elles nem por um facto seu, nem por um alheio. Por quanto o homem, que fosse privado de seus direitos absolutos (§§. 33. e 34.), tambem não poderia gozar dos hypotheticos (§. 81.), deixaria de ser pessoa juridica (§. 6.), seria abatido á qualidade de coisa (§. 7.), e poderia ser empregado como meio (§. 21.), e não respeitado como ente racional, que tem um fim proprio [§. 7.] *).

*) Sendo os direitos condições necessarias para a conservação e desinvolvimento, sem direitos o homem nem podia conservar-se nem desinvolver-se. O homem morreria, ou seria desgraçado.

§. 87.

Ainda que o homem não possa renunciar validamente *) ou ser privado do direito sobre a *sua pessoa* e *suas acções* em geral (§. 86.), todavia póde renunciar a *alguns objectos*, como materia da sua applicação **). Assim que o homem não póde contrahir a obrigação de *sacrificar a sua vida* aos outros, mas tem direito, e póde ter a obrigação d'emprehender para outrem alguma coisa, em que corra risco a sua vida, ou o seu corpo. O homem não póde ceder a outrem totalmente a *liberdade da sua justa*

actividade, tornando-se seu escravo; mas póde contrahir a obrigação de practicar ou omittir algumas acções a favor d'outrem. Finalmente o homem não póde despojar-se cabalmente do seu direito absoluto ao uso das *coisas* em geral; porque privar-se-hia da existencia, e destruiria a sua personalidade (§§. 79. e 86.); mas póde alienar o uso de certas e determinadas coisas. A razão destas duas excepções é porque, por maiores e mais repetidas que sejam estas alienações parciaes e determinadas, sempre restam ao homem n'este mundo objectos, aos quaes applique, e nos quaes exercite os direitos absolutos. O homem não deixa de ser fim para si proprio, não deixa de ser pessoa juridica e moral **).

*) Deve notar-se, que tendo o homem liberdade juridica dentro da esphera dos seus direitos (§. 25.), a obrigação de os não alienar é sómente moral; porque a Moral é que regula o uso daquella liberdade. E a obrigação juridica, que o homem contrahisse por um contracto, de os alienar seria nulla; porque não póde haver direito immoral (§. 172. *).

**) Por isso alguns dizem, que o direito primitivo da personalidade (§. 67.) e da liberdade das acções (§. 69.), considerado como *puro* e *formal*, é inalienavel: porém consideram os *objectos*, a que elle se applica, como coisas *accidentaes;* e por isso sustentam, que os direitos, derivados d'aquelle direito primitivo, e applicados a certos objectos *(direitos materiaes)*, são alienaveis (§. 65. *).

SECÇÃO III.

Obrigações absolutas.

§. 88.

Já vimos que a todos os direitos d'um homem era correlativa a obrigação *geral* e *negativa* dos outros homens de o não perturbarem no exercicio d'elles (§§. 20. e 24.); e vimos tambem, quaes eram os principios, d'onde se podiam deduzir estas obrigações [§§. 20. e 21.]*). Aquelle pois, que, em logar de respeitar os direitos absolutos d'outrem, invade a sua esphera juridica, lesa-o (§. 18. *), viola esta obrigação geral, e expõe-se a soffrer os effeitos do direito de coacção [§. 19.]**).

*) Os antigos escriptores, que introduziam no quadro do Direito os officios moraes para com Deos, para comnosco, e os imperfeitos ou affirmativos para com os outros (§. 27.); tambem tractavam amplamente das obrigações juridicas absolutas, a que chamavam *officios negativos, perfeitos*, ou de *justiça*. Conhecidos porém os direitos absolutos, facil é o conhecimento das obrigações absolutas e das lesões, que a elles se referem. Por isso só falaremos d'alguns pontos, que carecerem d'explicação.

**) Com effeito a experiencia mostra, que é raro o infligir-se um mal qualquer, sem que haja reacção da parte daquelle, que é victima. Toda a vóz, ou seja benevola, ou seja malevola, tem um écho; ha uma vibração, que responde a todo o acto, bom ou máo.

§. 89.

Póde porém dizer-se contra estas obrigações, que o *amor proprio* é o grande motor das

acções do homem, que, arrastado por elle, tudo refere a si, procurando a sua felicidade ainda á custa da dos outros; e por consequencia que estas obrigações estão em contradicção com o primeiro e mais poderoso sentimento, de que a natureza dotou o homem. No entretanto, se o homem podesse viver solitario, poderia ceder a todas as insinuações do amor proprio; mas a necessidade da convivencia com os outros o fórça a tomar em consideração as tendencias do sentimento da sociabilidade (§. 72.). Assim estes dois sentimentos mutuamente se corrigem, e por entre elles surge triumphante a *justiça*. Pelo *amor de si* o homem procura a sua felicidade; pelo sentimento da *sociabilidade* procura a convivencia. Pelo primeiro não se abandona inteiramente aos cuidados alheios; pelo segundo não se entrega aos excessos do egoismo. A *razão*, que domina todas as nossas faculdades e sentimentos, combina estes dois de modo, que o amor de nós, modificado pelo sentimento da sociabilidade, é o mais poderoso meio, que a natureza podia empregar para assegurar a felicidade de cada um e de toda a sociedade; porque, trabalhando cada um dos membros da sociedade particularmente pela conservação do seu bem, o corpo social fica seguro em cada uma das suas partes, e no todo sólidamente estabelecido (§. 46.*).

§. 90.

Não só nas coisas *externas*, senão nas *internas* (§. 7.**), objectos de nossos direitos, v. g., nas faculdades do espirito (§§. 5., 16* e 79.), podem recaír *lesões*, contra as *obrigações abso-*

lutas, impedindo o uso daquellas, ou induzindo-as a erro *), quer por meios physicos, como narcoticos **), quer por algum influxo psychologico, como alliciações, seducções, máos conselhos e exemplos. Por isso os *seductores da mocidade*, *alcoviteiros*, *capitães de salteadores*, e em geral todos os que foram causas mediatas, devem responder pelo damno, que causaram [§. 18, *] ***).

) É mistér porém que sejam exteriores os meios e os effeitos das lesões (§§. 16. e 25.).

**) V. g., o opio, bebidas espirituosas, que produzam embriaguez, o chloroformio, o magnetismo, etc.

***) Muitas vezes é impossivel ou muito difficil de decidir, se qualquer foi causa *mediata* das acções injustas d'outrem, e até que ponto o foi; porém outras vezes póde-se pelas circumstancias do tempo, logar, modo e meios empregados graduar a sua *responsabilidade*.

§. 91.

Tambem é injusto e falta ás obrigações absolutas aquelle, que se arroga qualquer *prerogativa* ou *precedencia*, contra a igualdade natural dos homens (§§. 80., 82. e seg.); aquelle, que por qualquer modo embaraça o justo exercicio da *liberdade* dos outros (§§. 25., 26., 70. e seg.); aquelle, que usurpa o *imperio* *), temporario ou permanente, ou por qualquer modo offende o *direito d'independencia* (§§. 75. e 76.), v. g., pelo *rapto*, *carcere privado*, *escravidão*, etc. **); e finalmente aquelle, que offende o *direito de personalidade* (§§. 67. e 68.) pelo *estupro*, *mutilação*, *homicidio*, etc.

*) *Imperio* é o poder, que alguem tem, de determinar segundo o seu arbitrio as acções e omissões d'outrem. Ao

imperio contrapõe-se a *sujeição*, que é a necessidade, em que alguem se acha, de conformar as suas acções á vontade daquelle, que se acha investido do imperio. Aquelle, que tem o imperio, diz-se *imperante*; aquelles, que lhe estão sujeitos, chamam-se *subditos*.

**) Não fallamos do infame *trafico da escravatura*, que pertence ao *Direito das Gentes*, nem da *escravidão dos governos despoticos*, propria do *Direito Publico*; e só falaremos da *escravidão individual* e *particular*. Se todo o ser racional é para si seu proprio fim, e em nenhuma situação deve servir de meio á vontade arbitraria d'outrem (§§. 7, e 21.), é evidente, que a escravidão é injusta. Com effeito, nem o *contracto*, nem o *nascimento*, nem a *força* podem servir de pretexto para justificar a escravidão. *Vendendo-se* o homem como escravo, todos os seus bens entram na propriedade do senhor. Por tanto o senhor nada daria, o escravo nada receberia, e a liberdade ficaria sem preço. Não seria menos absurda a renúncia gratuita da liberdade, por ser contra o bom senso e a natureza; porque d'envolta com a cedencia da liberdade vinha a dos direitos e das obrigações (§. 16.), e até de toda a moralidade (§. 13. **). O *nascimento* tambem não póde ser invocado; porque se um homem não póde alienar a sua liberdade, muito menos a de seu filho, que não foi ouvido. A *força* finalmente não faz direito: alias aquella, que vencesse a primeira, succederia em seu direito; e o mais forte sempre teria razão (§. 25. *). O escravo pois feito pela força, pela força poderia recobrar sua liberdade; e ou a força primeira era injusta, ou a segunda o não era tambem.

§. 92.

A *mentira* será uma lesão d'algum direito absoluto? Primeiramente não póde admittir-se que o homem tenha o direito absoluto d'exigir d'outrem a communicação de todas as verdades, por ser contra o direito d'independencia (§. 91.), e porque as obrigações absolutas sómente são negativas [§. 88.] *). É verdade que a mentira (sempre reprovada pela Moral) póde

conduzir os outros a erro, e ser causa de graves males. Por isso todo o homem tem o direito absoluto de pretender que os outros o não enganem, communicando-lhe erros, que prejudiquem a sua actividade physica ou moral. Ao homem pois é livre não responder; porém, tanto que responde, é responsavel pelos effeitos, que podia prever, da sua resposta **), bem como de quaesquer outros actos.

*) V. g., se alguem me pergunta, aonde mora Pedro, declarando que o quer ir matar, se eu lhe indicar a morada, e elle o matar, sou responsavel.

**) A veracidade não deve exigir-se, senão nos casos, em que ella chega a ser motivo, que determine uma acção; v. g., quando entra como condição já expressa, e já tacita, d'uma convenção.

§. 93.

Não póde haver dúvida em que as *calumnias*, as *injurias*, e as *graças offensivas* *) são violações dos deveres da Moral (§§. 15., 24. e 26.); porém quanto ao Direito, os Philosophos modernos, que foram cautelosos em separar o Direito da Moral, seguem diversas opiniões. Uns admittem um direito absoluto á boa reputação e fama, em quanto o homem por factos as não perde; e adoptam a regra — *quisque praesumitur justus, donec probetur injustus:* — outros negam a existencia deste direito; porque não encontram n'elle os characteres d'um verdadeiro direito. Nós acostamo-nos a esta opinião; porque por similhantes meios não se embaraça a liberdade da justa actividade dos outros (§§. 17. e 18.); nem elles são tractados como méros meios, excepto quando a calumnia e as injurias tiverem effeitos ulteriores, que

vão offender algum direito reconhecido do calumniado ou injuriado, v. g., uma falsa accusação em *juizo* (que tambem se diz *calumnia*), o *juramento falso*, as *injurias reaes* **), etc. Além de que, o Direito, todo exterior, não devassa os actos interiores do espirito; e por isso no fôro juridico (externo) não póde em regra decidir-se, se o calumniador e injuriante obram dolosamente, ou se estão persuadidos que é verdade o que dizem [§. 13. ***] ***).

*) Diz-se *calumniador* aquelle, que dolosamente fere a honra e reputação d'outro com mentiras e falsas imputações, attribuindo-lhe factos injustos: o attribuir falsamente e com dolo a outrem defeitos moraes ou physicos, diz-se *injuria*; aquelle dito, cuja graça e pico excita a admiração, e até a alegria dos circumstantes á custa d'aquelles, cujas pessoas, factos ou palavras se censuram, ridiculizando-os, chama-se *graça offensiva*.

**) Os JCtos tambem chamam *injurias* os factos, com que se offende a honra d'alguem, fazendo-lhe violencia, ou maltractando-o. E por isso dividem as injurias em *reaes*, por factos; *escriptas*, por libellos famosos, satyras, pasquins, retratos, pinturas, ou gravuras; e *verbaes*, por palavras: em *simplices*, quando não são acompanhadas de circumstancias aggravantes; e *qualificadas* ou *atrózes*, quando são acompanhadas de circumstancias aggravantes, relativas ás pessoas, ao logar, ao modo, ao motivo, ao tempo, etc. A injuria *real* não só pelo juizo vulgar, senão porque de ordinario causa algum prejuizo na pessoa ou bens do injuriado, é pelos JCtos reputada mais grave, do que a *escripta*; e esta mais grave, do que a *verbal*, porque, como diz Horacio:

Segnius irritant animos demissa per aures,
Quam quae sunt oculis subjecta fidelibus....

***) Ou estes actos sejam violações d'obrigações juridicas, ou sómente de obrigações moraes, as leis positivas não devem toleral-os, nem mesmo quando o homem por suas acções injustas ou immoraes lhes deu occasião. Se o homem foi criminoso, deve ser punido; mas, depois do

castigo, a lei deve consideral-o reintegrado no seu estado anterior.

§. 94.

Aquelle, que embaraça a outro de que por actos affirmativos de beneficencia auxilie alguem, i. é, lhe faça o bem ou evite o mal, que póde (§. 27. **), offende a esphera da liberdade da sua justa actividade (§. 18.), não consente a cada um o uso do que é seu (§. 21.), e por isso é injusto, lesa-o (§ 77. *), e deve resarcir o damno, que causou [§. 140.] *.)

*) O mesmo deve dizer-se daquelle, que embaraça o exercicio do direito, que todo o homem tem, de empregar as condições necessarias para cumprir as obrigações moraes para com Deos e para comsigo (§. 27. **); porque, consistindo o fim moral no cumprimento dos deveres moraes, o Direito, como sciencia da *condicionalidade*, deve subministrar as condições necessarias para *o* seu conseguimento (§§. 15. e 16.).

PARTE III.

DIREITO NATURAL HYPOTHETICO

SECÇÃO I.

Acquisição immediata.

§. 95.

Os direitos hypotheticos têm o seu fundamento na natureza humana e conjunctamente em algum facto d'acquisição (§. 65.). Diz-se *acquisição* o phenomeno ou o facto, pelo qual uma *coisa exterior* a qualquer *) principia a ser objecto do seu *direito* **). Divide-se em *immediata* ou *originaria*, quando alguma pessoa acquire direito sobre uma coisa externa, isempta de direito exclusivo d'outrem; e *mediata* ou *derivada*, quando acquire direito, que outra pessoa lhe transfere ***). Aquella comprehende a occupação e a accessão; esta as diversas especies de contractos e de sociedades.

*) Com relação ao acquirente são *coisas externas* não só as propriamente ditas (§. 7. **), senão tambem as coisas internas d'outrem, que podem ser *alienadas* (§. 87.), e que por isso podem ser objecto d'*acquisição*.

**) N'uma accepção mais larga tambem se dá acquisição de *direitos* hypotheticos sem referencia a *coisas* externas ao acquirente, quando este, cultivando as suas faculdades physicas e intellectuaes, acquire algumas perfeições (§. 76.), que podem servir de condições para seus fins racionaes.

**) Esta divisão é fundada no estado actual das coisas; porque umas são *nullius juris*, outras são objecto do direito exclusivo d'alguem.

§. 96.

Que todo o homem é senhor, i. é, tem o dominio (§. 79.*) das suas *coisas internas*, ninguem o duvida; porque a natureza as ligou á sua personalidade (§§. 7.** e 67.). Porém qual é o laço mystico, que une a uma pessoa as *coisas externas*, de modo que dellas possa usar com exclusão das outras pessoas, as quaes tem um direito igual ao uso dellas (§. 79.)? Este laço é o direito. Mas como se acquire este direito com a virtude d'excluir os outros do uso das coisas acquiridas, e, o que é mais, com a obrigação juridica correlativa nos outros de o respeitarem, e de o não lesarem? Finalmente ainda sobe de ponto a dúvida relativamente á acquisição do direito sobre as *coisas internas* d'outrem (§. 95.*); pois todo o homem é senhor da sua pessoa, das suas faculdades, e das suas acções (§§. 67. e 69.). Podem os nossos factos, ou a nossa vontade por si sómente ser leis para os outros, dar-nos este direito, e impôr aos outros a obrigação correlativa?

§. 97.

Estas difficuldades, na verdade gravissimas, têm feito dividir os Philosophos, tanto antigos *), como modernos, em diversas opiniões sobre a *acquisição* dos direitos hypotheticos, que todos podem reduzir-se ao dominio, ou á propriedade, em quanto consistem no direito d'usar d'uma coisa certa com exclusão dos outros (§. 79.*). Não convém ao nosso proposito referir

todas as opiniões, nem tractar extensamente esta questão. Por isso sómente estabeleceremos os principios fundamentaes da propriedade, e apontaremos os principaes systemas dos modernos á cerca da sua acquisição.

*) Os Philosophos antigos, uns admittiram uma *communhão primeva positiva*, outros *negativa*, e recorreram ou a uma *convenção* e *divisão*, ou á *occupação*.

§. 98.

Propriedade em geral é aquillo, que como qualidade está inherente a uma coisa. Assim dizemos que um objecto tem tal ou qual propriedade. Esta propriedade póde ser *physica*, ou *intellectual* (§. 5.). Porém esta noção de propriedade, como muito ampla, não póde entrar no quadro da Sciencia Philosophica do Direito, o qual sómente comprehende as coisas, que são condições exteriores para o homem conseguir o seu fim racional (§. 16.). Por tanto em Direito a palavra *propriedade* sómente póde comprehender aquellas qualidades das coisas, que podem servir de condições para o homem satisfazer a alguma ou algumas das necessidades, que rerultam da sua natureza e destino [§. 17.] *).

*) Os antigos diziam *propriedade*, que derivavam a *prope esse*, tudo o que é particular d'alguem. Os JCtos entendem por *propriedade* já o mesmo que o dominio, e já o dominio sem o usofructo; e dividem a propriedade: 1.° em *pessoal*, que comprehende todas as faculdades ou coisas internas (§. 7.**), tanto physicas, como moraes, e os direitos, de que se acha revestida a pessoa, considerados como attributos della (§. 18.); e *real*, que comprehende as coisas externas, por qualquer modo acquiridas: 2.° em *natural*, que o homem recebeu da natureza; e *acquirida*, que proveio d'algum facto ou instituição social.

§. 99.

É mistér distinguir a *propriedade de Direito*, ou *juridica*, do *direito de propriedade*. Aquella é a coisa, que é um meio ou condição exterior de conservação e de desinvolvimento da vida humana. Este character d'exterioridade, que a faz entrar no quadro da disciplina do Direito (§. 25.), serve para distinguir a propriedade juridica da intellectual e moral, que ambas são interiores. Diz-se propriedade *intellectual* a que consiste nos conhecimentos, que o homem tem acquirido, e que lhe pertencem *); e diz-se propriedade *moral* a que consiste nas qualidades moraes do homem, v. g., a honra, a reputação (§. 93.), o amor **).

*) *Os conhecimentos*, que o homem acquiriu, em quanto estão encerrados em seu espirito, são uma propriedade sua, mas só intellectual; e só podem vir a ser propriedade juridica pela manifestação, que por qualquer modo faça delles; porque só então vêm a ser meios de desinvolvimento para a vida social (§§. 16. * e 25.).

**) A propriedade intellectual e moral não póde ser tomada em consideração pelo Direito, senão para garantir a sua inviolabilidade e respeito exteriores (§. 16. *). Assim, o Direito só pune os attaques feitos a esta propriedade, quando têm effeitos exteriores, susceptiveis de ser provados (§§. 13. **, 16. * e 90. *).

§. 100.

Como a *propriedade juridica* (§. 99.) e o *Direito* (§. 16.) consistem nos meios ou condições do desinvolvimento; tambem a propridade é um direito. Porém o *direito* sómente exprime a relação geral entre o homem e aquelles meios; e a *propriedade*, a realização d'esta relação, i. é, a união real das coisas com a personalidade hu-

mana, de maneira que esta possa servir-se immediatamente d'aquella; porque podem dar-se direitos ás coisas, sem serem realizados; i. é, sem a personalidade possuir as coisas, para as appropriar ás necessidades do seu desinvolvimento *). Póde pois definir-se a propriedade de Direito *a realização do complexo das condições necessarias para o desinvolvimento, quer physico, quer intellectual, de cada individuo na qualidade e quantidade conformes ás suas necessidades.*

*) A existencia do homem prova, que elle sempre teve alguma propriedade em todos os tempos e situações; porque sem propriedade, i. é, sem meios d'existencia, o homem não poderia viver. As necessidades pois, que resultam dos diversos fins racionaes, que o homem póde proseguir, constituem a *base* do Direito (§. 16, *), e da propriedade do Direito (§. 79, **).

§. 101.

Como a propriedade é o direito realizado, o *direito de propriedade* exprime evidentemente um direito para a realização d'um direito, i. é, contém as condições, pelas quaes uma pessoa póde pretender uma propriedade conforme ás suas necessidades. Por tanto o direito de propriedade comprehende as condições para a *acquisição*, *conservação* e *emprego* da propriedade; e por consequencia as *acções juridicas*, concedidas á pessoa competente já para a *acquisição*, já para a *reivindicação*, e já para o *uso* da propriedade.

§. 102.

O *direito de propriedade* pois, derivando-se sómente da natureza humana (§. 100.*), é um *direito absoluto* (§. 79.**): porém a *propriedade de Direito*, como precisa do facto da realização do direito, ou da união real das coisas á personalidade (§. 100.), sómente póde existir depois do facto desta realização, que constitue a sua acquisição (§. 95.), e é um *direito hypothetico* *).

*) Nem se diga, que o homem sem propriedade não póde viver, e que a propriedade é tão antiga, como a existencia do homem; porque o homem nasce nú, e nenhum vinculo juridico o liga a certas e determinadas coisas deste mundo. Afóra a propriedade das coisas interiores (§. 96.), quaes são as coisas exteriores, que cada homem tem como propriedade juridica depois do seu nascimento?

§. 103.

Na materia da propriedade ha tres questões, que importa distinguir: 1.ª Qual foi a *origem* da propriedade entre os homens? 2.ª Admittida a propriedade empyricamente, como um facto geralmente recebido, e sobre que assenta a ordem social, qual deve ser a sua *distribuição*, *organização* e *garantias*? 3.ª Nesta hypothese como póde ella *acquirir-se*, i: é, qual é a *possibilidade juridica* da sua acquisição?

§. 104.

Quanto á primeira. Ainda que sómente pertenceria á sciencia do Direito a origem *philosophica* (pois a origem de *facto* pertence á Histo-

ria): temos para nós, que esta origem primeva da propriedade, posto que limitada ao que deveria acontecer, e não comprehendendo o que realmente aconteceu, é indissoluvel. Na verdade, para determinar a origem philosophica da propriedade, seria necessario definir primeiro o estado de civilização, em que os homens se achavam na épocha desconhecida da sua introducção, ou recorrer ao pretendido estado natural (§§. 42. e 43.). Por tanto é prudencia pôr de parte esta questão, e applicar os principios geraes de Direito ao estado actual da propriedade.

§. 105.

A *Politica*, como sciencia dos meios mais aptos, segundo o estado da cultura dos povos, para o exercicio e garantias do Direito (§. 41.), deve intervir na organização, distribuição e garantias da propriedade juridica. Por tanto o *Direito Natural* não póde por si só decidir a segunda questão, com quanto subministre os principios geraes sobre a base e natureza da propriedade (§§. 98. e seg.), os quaes a Politica deve respeitar (§. 41.). Esta questão pois pertence ao *Direito Positivo* (§. 39.), ou ao *Direito Público* (§. 42.).

§. 106.

Quanto á terceira questão, admittimos a acquição immediata pela *occupação* e *accessão*, e a mediata pelos *contractos* e diversas especies de *sociedades* (§. 95.). Nos logares competentes veremos as razões: cumpre porém examinar primeiro os principaes systemas á cerca da propriedade.

§.

§. 107.

Alguns Philosophos e Economistas deduziram do *trabalho* e da *industria*, que um homem põe em alguma coisa, a possibilidade da acquisição da propriedade; porque pelo trabalho o homem imprime, por assim dizer, o sello da sua personalidade na coisa, transformando-a, e utilizando-se d'ella. E se o homem é senhor das suas acções (§. 69.), tambem deve sel-o dos seus effeitos. Este systema chama-se da *transformação* ou *especificação*. Porém ou a coisa é *nullius*, e a especificação presuppõe a apprehensão e occupação prévia d'ella; ou é *d'alguem*, e não basta para lhe fazer perder o seu direito contra sua vontade. Por tanto a especificação só poderá applicar-se ás coisas *nullius*, não por si só; mas conjunctamente com a occupação.

§. 108.

Outros Philosophos, negando a existencia da propriedade natural, estabeleceram, que a *lei civil* [Direito Positivo (§. 39.)] era origem da propriedade; porque sómente della vem á propriedade a segurança e garantias. Porém, se esta opinião fosse verdadeira, e a propriedade não tivesse fundamento na natureza humana (§. 102.), ficaria exposta ás decisões as mais arbitrarias; e qualquer organização, que a lei civil fizesse da propriedade, por mais injusta e contradictoria que fosse, só por ser conforme á lei, deveria reputar-se justa. Ainda mais: o legislador poderia, sem risco d'injustiça, attentar contra a propriedade, ou fosse em seu be-

neficio, ou d'alguns dos subditos á custa dos outros.

§. 109.

Tambem alguns Philosophos recorreram a uma *convenção*, que, segundo os antigos, foi feita no *preterito*, e, segundo os modernos, deve ser feita no *futuro*. Os primeiros deduzem d'aquella convenção a origem primeva da propriedade; os segundos sómente invocam a convenção futura para a segurança, reconhecimento, organização e distribuição da propriedade. Estas opiniões pertencem ás duas primeiras questões (§. 103.), que pozemos de parte: a primeira, por indissoluvel, ou por historica (§. 104.); e a segunda, por ficar fóra do quadro do Direito Natural (§. 105.).

§. 110.

O systema da propriedade *individual*, geralmente admittido entre os povos desde a mais remota antiguidade, segundo o qual *cada pessoa* tem a livre e exclusiva disposição das coisas, que legitimamente acquirio, têm sido combatido por alguns Philosophos, que pretendem substituir-lhe o systema da propriedade *commum*, ou da *communhão de bens*, no qual a *communidade* só tem o poder de livremente dispôr dos bens materiaes, distribuindo a cada um dos membros a parte, que julga sufficiente para satisfazer as suas necessidades, e prescrevendo-lhe o uso, que deve fazer della. Não entraremos no exame dos muitos argumentos, que têm sido appresentados contra um e outro

systema. Pertence á Politica o apprecial-os (§. 105.). Só diremos que o systema da propriedade individual se acha intimamente ligado com todo o modo de pensar e de obrar da sociedade actual, que é a base da sua organização, e a condição indispensavel do seu desinvolvimento.

§. 111.

Se admittimos a *occupação* como meio d'acquirir as coisas *nullius* (§. 106.) no estado actual da propriedade, não deixamos de conhecer pêso nas razões, que têm sido appresentadas contra este systema: porém, sendo força escolher um meio, pelo qual se possa acquirir a propriedade, como direito hypothetico (§. 102.), das cousas *nullius juris*, achamos menos inconvenientes na occupação *modificada* pela especificação, do que nos outros systemas.

§. 112.

Os argumentos *contra* a occupação reduzem-se aos seguintes: 1.° que della só, não póde deduzir-se a obrigação d'os outros *respeitarem* a coisa occupada, porque sem este respeito não póde conceber-se a propriedade; 2.° que na theoria da occupação vai em ultima analyse estabelecer-se a *força* como principio da propriedade de Direito; quando a força não póde produzir direitos (§. 91.*); 3.° que a occupação não é mais que um acontecimento fortuito, e que o *acaso* não póde produzir direitos; 4.° que, sendo todos os direitos d'um homem limitados pelos direitos dos outros (§§. 18. e 28.),

o direito da occupação não tem *restricção* nenhuma; 5.° que a occupação quasi nenhuma *applicação* tem em nossos dias, porque quasi que não ha coisa, que não esteja occupada.

§. 113.

A *favor* da occupação póde dizer-se, que foi admittida desde *tempos remotos* pelas nações as mais cultas; e com quanto a antiguidade e geral recepção d'uma instituição não sejam um titulo de Direito (§. 33.), porque leis injustas podem manter-se por muito tempo, e ser adoptadas por muitos povos (§. 53.): com tudo é certo, que quanto mais fundamental é uma instituição, e quanto mais antiga e geralmente recebida, tanto mais difficil é, que o bom senso das nações civilizadas se tenha enganado, pondo-se em opposição com a razão illustrada (§. 12.). Por isso, e porque os adversarios da occupação reconhecem, que poucas coisas restam para occupar, não é razão abandonar esta instituição respeitavel da antiguidade por outra com maiores inconvenientes (§. 111.).

§. 114.

Tambem a *favor* da occupação têm sido produzidos os argumentos seguintes: 1.° que, admittida ella, poupa-se ao primeiro occupante a *pena* de ser privado da coisa, que primeiro occupou; 2.° que se evitam *contestações* e *desordens* entre o occupante e os concurrentes posteriores; 3.° que ella é um *aguilhão* á industria dos outros homens, para procurarem iguaes bens; 4.° que, se a coisa não for do pri-

meiro occupante, será sempre *prêsa* do mais forte *).

*) Estas razões são mais proprias para a *Politica* introduzir a occupação no Direito Positivo, do que para a fazer reconhecer pela *Sciencia Philosophica do Direito*. No entretanto em caso de dúvida devem-nos inclinar a favor da occupação; porque o Direito Positivo das nações, como a práctica, serve a esclarecer o Direito Natural (§. 36.).

§. 115.

Como as coisas são meios subordinados aos fins das pessoas (§. 7.***), aquelle homem, que usa dellas, quando são *nullius juris*, respeitando nos outros homens uma igual faculdade, segue uma regra, segundo a qual póde coexistir no estado social a livre e justa actividade de todos (§. 21.): e, como não offende os direitos d'outrem, não póde ser julgado lesante e injusto; e por isso obra dentro dos limites da sua justa actividade, ou com direito, quando as occupa (§§. 17., 18. e 21.*).

§. 116.

A *occupação* pois por si é sufficiente para conferir ao occupante o direito de *usar* da coisa occupada, e de a *defender*, em quanto a detem debaixo do seu poder physico, ou a *possue* (§. 79.*), contra os attaques d'outrem; porque qualquer pessoa, que durante este estado lh'a quizesse tirar, não só iria contra o direito d'occupar (§§. 79.** e 115.), senão contra o justo exercicio das suas faculdades, embaraçando as suas acções dentro da justa esphera da sua actividade (§. 69.), e seria injusto e lesante,

Por tanto, se os outros homens têm a obrigação juridica de não o lesar no uso da coisa occupada; e se direito e obrigação são coisas correlativas, de modo que não póde existir uma sem outra: segue-se que o occupante, durante o *tempo da posse* da coisa occupada, é verdadeiro senhor d'ella, i. é, tem sobre ella dominio ou propriedade *).

*) Porque o principal character do dominio ou da propriedade está na faculdade d'excluir os outros do uso da coisa (§. 97.).

§. 117.

Não póde porém descobrir-se razão, que justifique a *continuação* do dominio do occupante além da *detenção physica* (§. 116.). Se o occupante abandonou a coisa, ou por acaso perdeu a posse, cessa a causa do seu dominio; e por isso deve cessar o seu effeito. Nem os outros homens podem saber, se a coisa foi occupada, e se é objecto do direito d'outrem: e por isso não podem ter obrigação d'abster-se do uso d'ella, pela regra — *Non esse et non apparere est idem in jure.*

§. 118.

O *dominio*, acquirido pela *occupação*, seria ephemero, se não podesse subsistir além do tempo da detenção physica. Para o tornar pois verdadeiramente *duravel*, é mistér que á *occupação* se ajunte a *especificação* (§. 107.), ou o *assignalamento*, dando uma *fórma nova* á coisa occupada, ou impondo-lhe *signaes permanentes*, que próvem aos outros homens, que o occu-

pante á custa do seu trabalho radicou nella o seu direito. Nestas circumstancias aquelle, que invadisse a coisa *transformada* ou *assignalada*, seria verdadeiro lesante; porque destruiria os effeitos das acções do occupante, o que equival a ter opposto obstaculos á sua justa actividade (§§. 17. e 18.). De mais o invasor n'este caso aproveitar-se-hia dos effeitos da justa actividade do occupante, inherentes á coisa; tirar-lhe-hia o que é seu (§. 21.), e faltaria á obrigação juridica de não invadir a esphera de direito dos outros [§. 20.] *).

*) Assim pois admittimos o trabalho pela occupação, e especificação ou assignalamento, como meio de acquirir a propriedade das coisas *nullius*. Outro qualquer trabalho, que não désse estes resultados, não poderia ser conhecido pelos outros homens, nem meio d'acquirir a propriedade (§. 117.).

§. 119.

São pois necessarios tres requisitos para acquirir pela occupação o dominio, duravel além da detenção physica: 1.° a *apprehensão* (§. 79. *); 2.° *animo* d'acquirir, provado pela *especificação* ou *assignalamento* (§. 118.); 3.° que a coisa tenha *possibilidade juridica de ser occupada* (§§. 95., 111. e seg.).

§. 120.

A *apprehensão* faz-se de differentes modos segundo a natureza dos objectos, que se occupam. Entre as coisas *animadas* as aves apprehendem-se pela caça, as feras pela montaria, e os peixes pela pesca, com tanto que sejam retidos pelas redes, laços, viveiros, ou outros meios

conhecidos dos caçadores, monteiros e pescadores *). Entre as coisas *inanimadas* as *moveis*, v. g., pedras preciosas, ou *thesouros* **), apprehendem-se pela *invenção* ***); e as *immoveis*, depois de descubertas, entrando pelos fundos da terra, e practicando quaesquer actos possessorios e permanentes.

*) É questão, se a fera, que, depois de ferida, vai fugindo, póde ser apprehendida e occupada por outro. Parece razão que, se ella morreu da ferida, ou o monteiro a vai perseguindo, outrem se não possa aproveitar dos effeitos do seu trabalho, ou obstar á apprehensão principiada.

**) Diz-se *thesouro* um antigo deposito de dinheiro, metaes, ou pedras preciosas, de cujo dono não ha memoria.

***) *Invenção* é o acto, pelo qual se descobre uma coisa, de que se não conhece senhor.

§. 121.

O *assignalamento* e a *especificação* podem fazer-se de muitas maneiras. Nas coisas *animadas*, se os brutos foram mortos, feridos (§. 120. *), encerrados em viveiros, domesticados, contrahindo habitos, que provam a occupação. Nas coisas *moveis inanimadas*, se foram colligidas, guardadas, ou transformadas. Nas *immoveis*, cultivando-as ou demarcando-as. Nas coisas *incorporeas*, i. é, nos direitos, pelos signaes d'um exercicio continuado *).

(* A cerca destes signaes podem suscitar-se muitas dúvidas, que sómente o *Direito Positivo* póde decidir, estabelecendo regras determinadas. Mas nem por isso os principios geraes estabelecidos deixam de ser verdadeiros.

§ 122.

Tem *possibilidade juridica d'occupação:* 1.° as coisas *nullius;* e para isto é mistér: *a)* que os entes, que queremos occupar, não tenham direitos proprios, i. é, que não sejam *sui juris; b)* que ninguem n'ellas tenha estabelecido um *direito exclusivo*, i. é, que não sejam *alieni juris*, o que póde acontecer ou porque nunca estiveram sujeitas ao direito d'alguem, ou porque o dono d'ellas perdeu o seu direito, v. g., abandonando-as, lançando-as ás rebatinhas, etc. (§. 21.); alias a occupação seria lesão: 2.° as coisas d'um *uso exhaurivel*, i. é, taes, que ninguem d'ellas possa usar perfeitamente para os seus fins, sem excluir os outros; alias limitaria inutilmente a justa actividade dos seus similhantes *): 3.° as coisas, que são capazes d'*apprehensão* (§. 120.); 4.° e de *assignalamento*, ou *especificação* **) (§. 121.).

*) Por esta razão o sol, o ar e o mar, não são susceptiveis d'occupação e propriedade.

**) Por isso o ar e o mar só poderão ser occupados em parte, se forem modificados por alguma pessoa: v. g., a agua do mar, conduzida por um canal, pertencerá áquelle, que a extrahio.

§. 123.

Resta falar dos *limites* do direito d'occupar. Os Philosophos dividem-se n'esta materia. Uns querem, que este direito seja limitado ás *necessidades da sustentação* de cada um, e julgam necessaria esta restricção para enfrear o desejo immoderado d'occupar, que poderia tornar perigoso este direito. Porém a occupação não póde reduzir-se a esta estricta necessidade; por-

que o homem não tem sómente direito á sua conservação; outros direitos tem para com Deos, para com sigo, e para com os outros (§§. 76. e seg.); e em fim o Direito deve subministrar-lhe todas as condições necessarias para conseguir os fins individuaes, sociaes e da humanidade (§. 16.). Outros sustentam que o direito d'occupar deve ser limitado ao *poder physico* de defender continuamente as coisas pela detenção (§§. 116. e seg.): porém já vimos que podia existir direito sem o poder physico de o defender (§. 19. *). Outros finalmente defendem que o direito da occupação é *illimitado*, podendo cada homem occupar o que quizer: porém o absurdo d'esta opinião é facil de ver; porque por ella se justificaria a possibilidade juridica d'um homem occupar para si só um continente inteiro, e por ventura toda a terra.

§. 124.

No entretanto a verdade é que o direito d'occupação se acha *limitado* pela *natureza* e pela *razão* relativamente á quantidade e qualidade das coisas. Quanto á *quantidade:* porque os trabalhos e despesas, que trazem com sigo a apprehensão e a especificação ou assignalamento, necessariamente limitam o direito d'occupar. E quanto á *qualidade:* porque muitos seres ha, que não podem ser occupados; e taes são: 1.° os homens (§. 122.); 2.° aquelles, de cujo direito não póde provar-se a extincção, v. g., as coisas perdidas dos bolsos, ou por occasião d'um naufragio, as feras, que conservam signaes da occupação (§. 121.), etc.; 3.° as coisas, que não admittem apprehensão, nem assignalamento (§§. 120. e 121.); 4.° as coisas d'um uso inexhaurivel (§. 122.);

6.° as coisas, que estão em tal estado, que alguem já prevenio o direito de as occupar, v. g., os peixes, que se acham na paragem do mar, ou no logar do rio, em que um pescador lançou as suas redes; porque o segundo occupante inutilizaria o trabalho do primeiro (§. 116.). — *Qui prior est in tempore, potior est in jure* *).

*) O mesmo deve dizer-se do thesouro em terreno alheio; porque sendo inviolavel a propriedade (§. 81. **), o direito não póde legitimar a invenção e apprehensão em terreno alheio; porque seriam invasões do *seu* d'outrem, e lesões do seu direito.

§. 125.

Ou seja porque o senhor da coisa tem prevenido no objecto do seu dominio o direito d'occupar (§. 124.); ou seja porque o mesmo senhor da coisa tem direito a usar da substancia e accessorios d'ella com exclusão dos outros (§§. 97. e 116. *): póde considerar-se como um resultado do dominio a *accessão*, que é o acontecimento, pelo qual uma coisa accresce a outra de tal modo, que outrem a não póde apprehender, sem inutilizar os effeitos da justa actividade do dono d'esta, ou sem utilizar-se d'elles. Divide-se a accessão em *natural*, quando provém das forças da natureza; *industrial*, quando é filha da industria do homem; e *mista*, quando provém conjunctamente d'ambas as origens *).

*) Pertencem á accessão *natural* os filhos dos animaes, a alluvião, o alveo abandonado, a ilha, etc. Pertencem á *industrial* a adjuncção pela *bordadura*, *tecedura*, *especificação*, *fundição*, *edificação*, *pintura*, *escriptura*, *mistura*, *confusão*, etc. Pertencem á *mista* a *sementeira* e *plantação*.

§. 126.

São applicaveis á accessão as duas regras seguintes. I. *E' meu o augmento da minha coisa, que não proveio de coisa alheia*; porque este augmento ou ha de ser producto natural da minha coisa, ou do meu trabalho, e é meu (§§. 118. e 125.); ou ha de ser coisa, que as forças da natureza uniram á minha, ou collocaram dentro d'ella, e é minha; porque eu tenho prevenido o direito de a occupar [§. 124.] *).

*) Os *filhos dos animaes* pertencem ao dono da mãi: e com quanto alguns tenham sustentado, que os senhores do pai e da mãi deviam ter o *condominio*, com tudo parece razão que o dono da mãi tenha a propriedade exclusiva, como uma remuneração das despesas feitas com a mãi, ou como uma continuação do dominio, que já tinha no filho antes de nascer. A *ilha*, que se formou no rio, pertence ao dono do rio; porém, se o rio é *nullius*, sustentam alguns, que pertence ao primeiro occupante; outros com razão, que deve pertencer aos donos dos predios confinantes, principalmente se só elles podem fazer a occupação, sem invadir a propriedade alheia.

§. 127.

II. *Sendo alheia a coisa (ou seja materia, ou fórma), que accresceu á minha, o senhor conserva n'ella o seu dominio, e deve-lhe ser restituida, podendo separar-se, sem ser destruida* *); *alias pertence a ambos, segundo o valor de cada uma das coisas* **), *ficando ao lesado o direito á indemnização* ***) *contra aquelle, que causou o damno* ****).

*) Porque o senhor da coisa não póde perder o seu dominio por um facto alheio. *Res, ubicumque est, sui domini est.*

) Esta doutrina é geralmente seguida, e por isso assim formulámos a regra. No entretanto parece-nos que a Politica deve fazer no Direito Positivo distincção: ou o auctor da união; mistura, etc., obrou de *má fé;* ou de *boa fé;* ou a união foi *casual.* Se obrou de *má fé*, o deixar-lhe parte nas coisas unidas, seria premiar o crime: e deve depender do senhor innocente o decidir, qual dos dois ha de ficar com a coisa toda e indemnizar o outro, ou se ambos hão de te: um direito commum. Só assim póde assegurar-se a inviolabilidade da propriedade (§. 81. e 105.), e triumphar a innocencia da astucia e perversidade; e não, forçando o innocente a permanecer contra sua vontade n'uma communhão, que é um principio de discordias entre os interessados. Porém se o auctor obrou de *boa fé*, ou a união foi *casual*, podem os interessados decidir por um contracto ou pela sorte, qual ha de ficar com as coisas e indemnizar o outro; e, não convindo entre si n'estes meios, deverá ficar com as coisas aquelle, que perderia mais, se ficasse sem ellas, pela regra de que — *o mal menor deve preferir-se ao maior.*

***) O socio, que é forçado á communhão, deve ser indemnizado pelo auctor da união, mistura, etc.; porque neste estado a propriedade perde grande parte do seu valor pela falta do interesse particular: ordinariamente um dos socios deteriora, e o outro não melhora a coisa commum.

****) Separadas as coisas, o auctor da união deve pagar as despesas da separação, e indemnizar as deterioridades da coisa alheia, e os lucros cessantes e os damnos emergentes, que soffreu o lesado durante a união das coisas.

SECÇÃO II.

Direitos e extincção do dominio.

§. 128.

Consistindo o *dominio* no direito de dispôr da coisa com exclusão dos outros (§§. 79.* e 97.), é facil de ver, que elle se extende a todas as *acções*, que o homem póde practicar na coisa, ou por meio d'ella, uma vez que não lese os outros. Por tanto no dominio encerram-se tantos direitos, quantas são as especies d'acções, que o senhor da coisa póde legitimamente practicar; e o dominio não só é um direito, senão o *complexo de muitos direitos* ou condições necessarias para o seu pleno exercicio *). Podem porém reduzir-se a tres principaes: 1.° o direito de *possuir* **); 2.° o *direito d'usar*; 3.° o direito de *dispôr da substancia* da coisa. Este complexo de direitos tem os mesmos characteres, que qualquer direito (§. 25.). Por tanto o dominio tem um character de *relação*, pelo qual o senhor da coisa póde pretender das outras pessoas, que cumpram a *obrigação geral* correlativa de o não perturbarem na livre disposição da sua coisa ***).

*) Na verdade todos os direitos, que costumam distinguir-se do dominio, v. g., o direito da posse, da servidão, do penhor, etc., podem em ultima analyse reduzir-se ao dominio (§. 97.); e as differentes denominações, que se dão a esses direitos, servem sómente para indicar os objectos, a que se applica o dominio, que está occulto n'esses direitos; porque a pessoa, investida de qualquer d'esses direitos, tem a faculdade

de dispôr arbitrariamente do seu objecto com exclusão dos outros, no que consiste o dominio.

**) A *posse* póde considerar-se ou como a simples *detenção*, i. é, como um facto, pelo qual alguem retem debaixo do seu poder physico a coisa; ou como uma *faculdade moral* de reter a coisa, i. é, como um direito (§. 25.). Considerada do primeiro modo, póde preceder o dominio; e ser um acto preparatorio d'elle (§. 116.): considerada como um direito, contém-se no dominio ou na propriedade; porque a posse justa só póde competir ao senhor da coisa.

***) Todos estes direitos do dominio são relativos ás pessoas; porque só os entes racionaes são sujeitos de direitos, ou pessoas juridicas (§. 8.). Por tanto rejeitamos a distincção dos JCtos, de direitos *reaes*, e direitos *pessoaes*; — *jura rerum*, *jura personarum*. A primeira vista parece haver direitos das coisas; porque o uso d'alguns parece servir immediatamente a estas, v. g., o direito da servidão do *aqueducto*. A pezar disto similhantes direitos, com quanto não sirvam senão mediatamente ás pessoas, não podem deixar de ser considerados como direitos d'estas; porque as coisas não têm fins proprios, e sómente são meios para as pessoas chegarem ao seu destino (§. 7. ***).

§. 129.

O direito de *possuir*, considerado como uma condição para o exercicio do dominio (§. 128.), consiste na faculdade moral de deter a coisa propria (§. 128. **), i. é, de a constituir em tal relação com a nossa personalidade, que possamos d'ella dispôr arbitrariamente com exclusão dos outros *). Deste direito se derivam outros: 1.° o direito de nos *manter* na posse, i. é, d'empregar as condições necessarias para conservar e defender a posse contra aquelle, que nos pretende *esbulhar* d'ella **); 2.° o direito de a *reclamar* de qualquer detentor, que injustamente nos esbulhou d'ella ***).

*) Muitas são as divisões da posse: 1.° em razão do *modo da acquisição*, em posse de *boa fé*, quando o possuidor entra n'ella, persuadido que não lesa a pessoa alguma; e de *má fé*, quando conhece o contrario: 2.° em razão do *modo de possuir*, em *corporal*, quando retemos a coisa debaixo da nossa guarda; e *mental*, quando possuimos com o animo, sem termos a coisa debaixo do nosso poder physico: 3.° em *razão da causa*, em *juridica* ou *civil*, quando possuimos a coisa por um justo titulo, e como propria; e *natural*, *detenção*, ou *posse núa*, quando retemos a coisa sim, mas não como nossa: 4.° em *razão do objecto*, em *verdadeira* ou *propria*, se a coisa é corporal; e *analogica* ou *quasi posse*, se a coisa é incorporea, i. é, um direito.

**) Entre nós esta acção diz-se *manutenção*.

***) Esta acção chama-se *força nova*.

§. 130.

O direito d'*usar*, como condição para o exercicio do dominio, comprehende todos os actos affirmativos e negativos d'uma arbitraria disposição das qualidades accidentaes da coisa *). Deste direito derivam-se os seguintes: 1.° o direito d'*usar* no sentido estricto, i. é, de servir-se da coisa para satisfazer ás suas necessidades; 2.° o direito d'*usufruir*, i. é, o direito de aproveitar-se dos proventos da coisa para sua utilidade e gozos **); 3.° o direito de *obstar* a que os outros por qualquer modo usem d'ella; 4.° o direito d'*alienar o uso* da coisa em todo ou em parte, pura ou condicionalmente, de graça ou mediante alguma retribuição; 5.° o direito de se *abster do uso* de todos estes direitos.

*) Este direito comprehende até aquellas acções justas, que vão prejudicar alguem, sem invadirem a sua esphera juridica, e que por isso não são lesões: v. g. levantando a minha casa, tiro as vistas ao meu vizinho; gastando

gastando a agua do meu nascente, privo o meu vizinho do uso dos sobejos; etc.

**) A distincção entre direito de *usar* e direito de *usufruir*, importante no Direito Positivo, não tem utilidade alguma na Philosophia do Direito; porque verdadeiramente não são mais que diversos modos d'usar.

§. 131.

O direito finalmente de *dispór da substancia* da coisa arbitrariamente e com exclusão dos outros, como condição para o exercicio do dominio, comprehende os direitos seguintes: 1.° o direito de *especificar*, i. é, de dar á coisa nova fórma pelo trabalho e industria; 2.° o direito de *consumir* a coisa na satisfacção das suas necessidades; 3.° o direito de *destruir* a coisa por mero capricho e abuso *); 4.° o direito de *abandonar* a coisa absolutamente (§. 122.); 5.° o direito de *ceder*, ou por qualquer modo *alienar* o dominio ou todo, ou sómente algum ou alguns dos direitos, que elle encerra [§. 128.] **).

*) O *abusar* da coisa, destruindo-a por um puro capricho, é sem dúvida uma acção contraria aos deveres da Moral; porque o homem se priva dos meios de satisfazer aos officios moraes para comsigo, e de beneficencia para com os outros (§§. 16. e 27.): mas não é uma acção *injusta* no fôro externo, excepto se offender os direitos, que alguem n'ella tenha acquirido, v. g., o crédor pelo penhor ou pela hypotheca; porque o senhor obra dentro da esphera da sua justa actividade (§§. 17. e 18.), e o homem é senhor do seu destino, e das condições para o conseguir (§. 16. *).

**) Como o senhor póde alienar ou todos os direitos do dominio, ou sómente parte d'elles; por isso o dominio se divide em *pleno*, quando uma pessoa physica ou moral, i. é, individual ou collectiva, tem todos os direitos, que o dominio encerra; e *menos pleno*, quando uma pessoa tem o direito de dispór da substancia da coisa,

a que chamam *dominio directo*, e outra o direito d'usar, que se diz dominio *util*. Tambem o dominio póde ser *limitado*, quando alguem tem na coisa algum direito, que limita os direitos do senhor; *solitario*, quando pertence a uma só pessoa; e *condominio*, quando pertence a differentes. Resta observar que ainda que, rigorosamente falando, o dominio dividido por diversas pessoas não seja o complexo integral de todos os direitos, que elle abrange: todavia, como cada um dos direitos principaes do dominio (§. 128.) é complexo de muitos direitos (§§. 129. e seg.), em cada um dos quaes se encerra a faculdade de dispôr da coisa com exclusão dos outros (§. 128.), póde a cada um d'esses direitos, ainda que partes, conservar-se a denominação do todo.

§. 132.

O *dominio* ou a *propriedade* acabam: I. Pela *morte* do senhor da coisa, pela regra — *Mors omnia solvit;* excepto se no caso do dominio menos pleno o senhorio directo tiver reservado a consolidação do domino util com o seu directo pela morte do senhorio util *).

*) Por isso as successões *ab intestato* e as *testamentarias*, ou sejam estabelecidas por *testamento*, ou por *doação mortis causa*, ou por *pacto successorio*, não são reconhecidas por Direito Natural; porque não póde descobrir-se razão, que justifique o salto do dominio d'um homem depois da sua morte para certas e determinadas pessoas. Alguns têm querido estabelecer o direito hereditario no *condominio* dos paes e filhos: porém este condominio não passa d'uma ficção; porque, se elle fosse verdadeiro, não poderiam os paes dispôr livremente de seus bens, sem os filhos serem ouvidos.

§. 133.

II. Extingue-se a propriedade pelo *abandono*, que o senhor faz, da coisa, não a querendo ter mais em seu patrimonio. A coisa as-

sim abandonada — *pro derelicto* cede, como *nullius*, ao primeiro occupante (§. 122.).

§. 134.

III. Tambem se extingue o dominio, quando desapparecem inteiramente os *vestigios* da sua acquisição; porque o senhor não tem meio de provar o seu dominio, nem póde no fôro exterior obstar a que outrem occupe a coisa, pela regra — *Non esse et non apparere est idem in jure* (§. 117.). Assim que, se alguem a occupar, será della verdadeiro senhor.

§. 135.

IV. Acaba o dominio, todas as vezes que o senhor *perde* a posse da *coisa*, de modo que seja impossivel a quem a acha, o saber quem é o senhor, e a este, quem a achou.

§. 136.

V. Finalmente o senhor da coisa priva-se do dominio, *alienando-o* por *algum contracto*, em virtude do qual permitte que certa pessoa se approprie da coisa. Porém desta materia fallaremos a seu tempo.

§. 137.

Entre os meios d'extinguir a propriedade contam alguns Philosophos a *prescripção*, i. é, a faculdade d'acquirir a coisa alheia por uma posse longa e de boa fé, a que se chama tambem *usucapião*. Porém a razão juridica não póde marcar este espaço de tempo; porque não póde

descobrir um periodo, que com igual fundamento não possa ser mais ou menos alongado *). Esta impossibilidade não se dá, é verdade, na prescripção *immemorial*, quando não ha vestigios alguns do antigo senhor da coisa: porém n'este caso a coisa póde ser acquirida, como *nullius*, pela *occupação* **), sem ser necessario recurrer á prescripção immemorial.

*) As razões, que costumam ser produzidas a favor da prescripção, — presumpção de que o senhor abandonou a coisa, — e que é necessaria para segurança da propriedade, — servem para fundamentar uma lei positiva, que admitta a prescripção; mas não podem ser admittidas pela Sciencia Philosophica do Direito: a primeira, por fallivel; e a segunda, como propria da Politica (§§. 39. e 41.).

**) Se alguem entender que n'esta hypothese a prescripção immemorial é um meio mais philosophico d'acquirir a propriedade, que a occupação, facilmente lhe concederemos, que ella póde ser admittida por Direito Natural; mas não as outras especies de prescripção, reconhecidas pelo Direito Positivo.

§. 138.

A *Politica*, segundo as conveniencias sociaes, póde modificar estes modos de extinguir a propriedade, ou seja para melhor assegurar a sua inviolabilidade, e para prolongar a sua duração; ou seja para estimular os homens a augmentar os seus capitaes e a riqueza nacional, etc. (§. 41.).

SECÇÃO III.

Lesões do dominio.

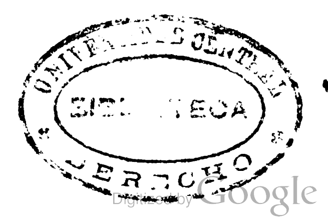
§. 139.

Conhecidos os diversos direitos, que o dominio encerra (§§. 128. e seg.), e determinada a natureza das obrigações juridicas (§. 24.); sendo lesão todo o attaque ao direito d'outrem (§. 18. *), ou a violação da obrigação negativa, correlativa ao direito d'outrem (§. 21. *): facil é o conhecer as lesões do dominio.

§. 140.

Sendo o *damno* um resultado da lesão (§. 18. *), e sendo esta, como injusta, prohibida pela Lei Natural, é razão que o lesante *repare* o damno; porque a lesão continúa sempre, até que o damno seja reparado; e o sujeito do direito offendido tem contra a lesão a faculdade de coacção (§. 19.), para evitar a presente, desviar a futura, e desfazer a preterita, forçando o lesante a fazer reparação do damno (§. 18. *); porque sem ella a obrigação juridica seria nulla, e o direito inefficaz e inutil no fôro exterior *).

*) Nem o lesante póde queixar-se do uso da força, que o lesado emprega, entrando pela sua propriedade, e em geral pela sua esphera juridica para o obrigar a reparar o damno; porque elle, violando uma obrigação juridica, obrou como um ente desarrazoado, e a lei da razão não póde proteger ao ser, que obra contra a razão, nem garantir-lhe a dignidade pessoal (§. 8.), que perdeu (§. 19.).



§. 141.

O *damno* póde ser filho de *culpa*, i. é, de negligencia e falta de premeditação; ou de *dolo*, i. é, d'intenção e proposito. As obrigações moraes são diversas em um e outro damno: porém o direito, todo exterior, quanto á obrigação de reparar o damno, não admitte similhante distincção; e o lesante em um e outro caso é obrigado a indemnizar o lesado pela reparação. Não póde em verdade dizer-se que o lesante negligente obrasse rigorosamente como desarrazoado, e que perdesse a sua dignidade de pessoa (§. 140. *): porém é certo que, se o lesante, depois de provada a lesão pelo lesado, approva o seu procedimento, e não repara o damno, a lesão continúa (§. 140.), e vem a ser tão desarrazoada, como se tivesse sido feita dolosamente *).

*) Porque o dolo póde ser *antecedente*, i. é, anterior, o que dá causa á acção; e *subsequente*, que é posterior, e a approva.

§. 142.

A *reparação* do damno sómente será *plena*, quando o lesado for de tal modo resarcido, que lhe pareça indifferente uma nova lesão com igual reparação, i. é, quando o bem, que elle recebe, for igual ao mal, que lhe resultou da lesão. Para isto não basta a reparação do damno, que foi um resultado immediato da lesão, senão que é necessaria ainda a reparação dos *lucros cessantes* e *damnos emergentes*, que são um resultado mediato da lesão, e que o lesado soffreu durante o tempo, que esteve privado da coisa, e a das *deterioridades*, que o lesante causou na coisa alhêia.

§. 143.

A *reparação* do damno faz-se ou pela *restituição*, i. é, pela entrega da propria coisa, que foi tirada ao lesado, ou, pelo menos, pela entrega d'outra analoga (á primeira chama-se *restituição identica*, e á segunda *restituição substituida*), ou pela *satisfacção*, i. é, pela entrega de coisas diversas, equivalentes áquellas, que foram tiradas ao lesado. A *restituição* deve ser preferida á *satisfacção*; porque as coisas equivalentes não são verdadeiramente taes, quando o lesado é forçado a recebel-as (§. 142.). Todas as vezes porém que não tiver logar a restituição *identica*, deve ainda preferir á satisfacção a restituição *substituida*: v. g., se o possuidor d'uma medalha rara roubou outra irmã, e a perdeu, a melhor reparação, que póde fazer-se, é sem duvida a entrega da do roubador ao roubado.

§. 144.

A *satisfacção* póde ser de differentes especies. 1.° Satisfacção *pecuniaria*, i. é, feita por dinheiro. Ainda que o dinheiro seja uma compensação efficaz para muitos damnos, todavia nem sempre o lesante póde pagal-o, nem o lesado recebel-o. Offerecer a um homem d'honra ultrajado o preço d'um insulto, é fazer-lhe uma nova injuria (§. 18. *). 2.° Satisfacção por *attestação*, se o mal é o resultado d'uma calumnia, ou d'uma injuria (§. 93.). A satisfacção póde verificar-se por uma attestação, publicada d'um modo adaptado a desfazer as impressões cau-

sadas. 3.° Satisfacção *substituida*, que tem logar, quando alguem se acha responsavel em logar do lesante, como seu substituto.

§. 145.

Só o lesado póde conhecer bem toda a extensão do damno, que soffreu, pelos resultados immediatos e mediatos da lesão (§. 142.); e para a reparação ser plena, só elle póde *estimar* o damno. No entretanto, como o interesse é um conselheiro de ordinario pouco justo, será prudencia, que o lesante e lesado se compromettam em pessoas, que hajam de avaliar o damno, depois d'ouvirem a um e a outro. Porém d'isto falaremos a seu tempo.

§. 146.

Feita uma *reparação completa*, o lesado acha-se reintegrado no estado anterior á lesão (§§. 18.* e 142.): a lesão pois e o damno cessam, como se não tivessem existido, e no fôro exterior julga-se extincto o direito do lesado e a obrigação do lesante, e sómente conservam ambos as suas anteriores relações juridicas.

§. 147.

Segundo os principios expostos (§. 139.), é facil de ver, que são verdadeiras *lesões do dominio* d'outrem: 1.° o *furto*, i. é, a subtracção da coisa alheia contra vontade de seu dono, ou sem elle o saber, feita com animo de lucro proprio ou alheio; 2.° a *rapina*, i. é, o furto feito por força, ou com ameaças directas á pessoa; 3.° a *invasão*, i. é, o facto, pelo qual alguem é esbulhado da posse de coisa immo-

vel; 4.° o *defraudamento*, i. é, a fallacia ou engano por palavras ou factos com o fim de prejudicar aos outros; 5.° em geral todos os *factos dolosos* ou *culposos* (§. 141.) contra o dominio d'outrem, ou contra algum dos direitos, que n'elle se comprehendem (§§. 128. e seg.).

§. 148.

Se o damno foi causado por *pessoas destituidas do uso de razão*, ou por *coisas externas*, que pertencem a alguma pessoa, v. g., por uma casa, por um animal, etc., temos direito a pedir a *reparação;* porque as coisas externas estão tão ligadas á pessoa pelo direito (§. 96.), como as internas pela natureza (§. 7. **). De mais, se contra qualquer lesão podemos usar da faculdade de coacção (§. 140.), a razão juridica permitte o pedir a estas pessoas a reparação, ainda que a razão moral ordene o contrario algumas vezes (§. 25.), i. é, quando não houve dólo ou culpa, ou a coisa e o seu valor não existem *).

*) Se as pessoas destituidas do uso de razão estiverem encarregadas á guarda d'outras, *responsaveis* pelas suas acções (§. 78.), estas devem reparar o damno.

§. 149.

Se ao nosso poder veio a coisa d'outrem, sem facto algum injusto da nossa parte, v. g., porque lhe esqueceu em nossa casa, ou a perdeu, e nós a achámos, faremos lesão, se não fizermos diligencia por saber quem é o dono, ou lh'a não levarmos? Ou faremos lesão, se usarmos d'ella, se a occultarmos ás indagações do

senhor, ou lh'a não restituirmos, quando o senhor se appresenta a reivindical-a? Como aos direitos do dominio d'um sómente correspondem nos outros obrigações negativas, que se satisfazem por omissões (§§. 24. e 128.); e como sómente lesa, quem falta ás suas obrigações juridicas (§. 139.): é evidente que, segundo as decisões da justiça exterior, deve responder-se negativamente á primeira pergunta, e affirmativamente á segunda, posto que no primeiro caso tenhamos obrigações moraes *).

*) Ainda que a não-restituição, quando o senhor pede a coisa, pareça á primeira vista um acto negativo, que não póde constituir lesão (§§. 18. * e 22. *), todavia ella encerra algum acto positivo, que embaraça o senhor d'usar do seu direito de dispôr da coisa; porque, se o senhor podesse apprehendel-a sem obstaculo algum, certo a não pediria ao detentor.

§ 150.

O *possuidor de má fé* (§. 129. *), apprehendendo injustamente a coisa, lesa o senhor d'ella por todos os actos affirmativos ou negativos *), pelos quaes lhe causa algum prejuizo, e deve prestar o damno (§. 140.). É pois obrigado: 1.° a *repôr* a coisa no logar, d'onde a tirou, e, se a não tirou, a *não embaraçar* que o senhor disponha d'ella (§§. 128. e seg.); 2.° a *indemnizar* o senhor, se a coisa pereceu, ou foi deteriorada por elle, ou pelo acaso fóra do logar, d'onde a tirou, uma vez que o mesmo acaso ahi a não destruisse nem deteriorasse **); 3.° a *pagar os fructos*, que percebeu, e os que não percebeu, mas que póde presumir-se que o senhor perceberia, se estivesse de posse ***).

*) N'este caso os *actos negativos* são *lesões*, como resultados do facto positivo da injusta apprehensão. Dada a lesão, o lesante é responsavel pelos lucros cessantes e damnos emergentes, que soffreu o lesado (§. 142.).

**) D'outro modo, não póde ser responsavel, pelas regras de Direito — *Casus nemo praestat* — *Res suo domino perit.* —

***) *Fructo* é toda a utilidade proveniente da coisa. Dividem-se os fructos: 1.° em *naturaes*, quando são produzidos pela natureza; e *industriaes*, quando intervem a industria: 2.° em *pendentes*, e *não pendentes*, segundo estão, ou não, unidos ao solo. Os *não pendentes* subdividem-se: 1.° em *perceptos*, quando foram colhidos: e *percipiendos*, quando não foram colhidos, mas se presume que o teriam sido por quem não fosse negligente: 2.° em *extantes*, quando permanecem no patrimonio do possuidor; *consumidos*, quando o possuidor os gastou para seus usos; e *perdidos*, quando por outro qualquer motivo deixaram d'existir.

§. 151.

As acções do *possuidor de boa fé* (§. 129.*) não podem ser julgadas lesões do dominio d'outrem, nem o prejuizo, que d'ellas se segue ao senhor, ser considerado como damno (§. 18.*), sujeito á reparação (§. 140.); porque o possuidor de boa fé ignorava, que a coisa tivesse outro dono (§. 129.*), pela regra — *Non esse et non apparere idem est in jure.* Por tanto não tinha obrigação de se abster da coisa, que veio ao seu poder ou por culpa do senhor, ou por acaso, ou por culpa de terceiro, contra o qual, como lesante, o senhor n'este caso deve dirigir-se*). Porém no conflicto entre a posse de boa fé e o dominio provado, este deve prevalecer, e o senhor póde reivindicar a coisa (§. 134.); porque a prova do dominio acaba a boa fé, e o possuidor passa a ser de má fé desde

esse momento por diante. É pois o possuidor obrigado: 1.° a *restituir a coisa*, se ella existe, se o senhor a reivindica, e se prova o seu dominio: 2.° a *restituir todos os fructos existentes*, pela regra que — *ninguem deve locupletar-se com jactura alheia* **).

*) Tambem póde ser por culpa do possuidor em não empregar todos os meios ao seu alcance para descobrir o verdadeiro senhor: porém esta culpa compensa-se com a d'o senhor se não appresentar a defender e reivindicar logo a coisa.

**) Os fructos percipiendos ou consumidos durante a boa fé, não os paga o possuidor; porque não tem obrigações juridicas para com o senhor, que só póde pedir a reparação d'elles ao terceiro, por cuja culpa a coisa veio ao possuidor de boa fé: porém se ella veio por acaso (§. 150. **), ou por culpa do senhor, este perde-os; porque na primeira hypothese — *casus nemo praestat*; e na segunda — *sibi imputet*.

§. 152.

Quando o senhor da coisa a reivindica, deve pagar as *despesas* *) *necessarias e uteis*; porque d'outro modo locupletar-se-hia com jactura alheia, pois sómente tem direito a haver o que é seu. De mais, o possuidor, quer de boa, quer de má fé, não fez mais, do que deveria fazer o proprio senhor. Pelo que pertence porém ás *bemfeitorias aprazíveis*, o possuidor de boa ou de má fé sómente tem o direito de as tirar, se o podér fazer sem detrimento da coisa, pela regra — *Res, ubicumque est, sui domini est*. É verdade que alguns têm sustentado, que no caso contrario o possuidor de boa fé tem o direito de pedir a indemnização ao senhor, que reivindica: porém não póde achar-se razão, por que o Direito deva favorecer mais a condi-

ção do possuidor de boa fé, que a do senhor (§. 151.), obrigando este a comprar contra sua vontade prazeres, por ventura alheios das circumstancias, em que se acha **).

*) *Despesas* são os gastos feitos na coisa: e dividem-se em *necessarias*, para a conservação da coisa; *uteis*, para a tornar mais fructifera; e *aprazíveis*, para ornato d'ella. São resultados das despesas as *bemfeitorias*, e dividem-se do mesmo modo que as despesas.

**) O senhor da coisa não é obrigado a dar *alviceras*, excepto se as prometteu.

§. 153.

Muitas distincções fazem os Escriptores, que defendem o direito *innoxiae utilitatis* *). E' porém certo que todo o uso da coisa, ainda innoxio, pertence exclusivamente ao senhor d'ella, por ser comprehendido em seu dominio (§. 130.), e que se lhe não póde tirar, sem invadir a sua esphera juridica e lesal-o [§. 18. *]**). Por tanto nenhum homem tem a obrigação juridica de dar a sua coisa ou o uso d'ella a outrem, ainda que pareça *innoxiae utilitatis*, porque póde não o ser; nem de declarar, se a coisa é, ou não, *innoxiae utilitatis*, porque póde ter boas razões para o não fazer (§. 92.). Por tanto aquelle, que sob pretexto d'a coisa ser *innoxiae utilitatis* usar d'ella, faz verdadeira lesão, e é injusto ***).

*) *Direito innoxiae utilitatis* é a faculdade d'usar da coisa alheia, quando o senhor nenhum prejuizo recebe.

) Este rigor de direito deve ser modificado pela equidade (§. 13. *); e o Direito Positivo deve determinar os casos, em que o uso da coisa é clara e evidentemente innoxio, e não deve ser punido pelas leis, v. g., quando o viandante se refresca com a sombra da arvore, bebe da agua corrente, ou accende a sua vela ao lume d'outrem, encontrando estes objectos patentes na estrada.

***) Dos Escriptores, que defendem o direito *innoxiae utilitatis*, uns fundam-se já na falta de damno, e já n'uma tacita excepção á convenção, pela qual o dominio fôra introduzido; outros confundem o Direito com a Moral: porém a primeira razão oppõe-se ao direito exclusivo d'usar (§. 130.), e a segunda não é menos ficticia, do que a pretendida convenção (§. 109.).

§. 154.

Todos os Philosophos concordam em que não temos direito de tirar a coisa ou o uso d'ella a seu dono, para satisfazer ás nossas *commodidades*, ou ás d'alguns dos nossos similhantes. É uma obrigação moral do senhor, mas não juridica, o conceder-nos, podendo, o uso das suas coisas (§. 27.). Similhante direito destruiria a *inviolabilidade* da propriedade (§. 99. **), e a liberdade exterior, que o Direito deve garantir (§. 25.); causaria continuadas *desordens*, e tornaria impossivel a *coexistencia* no estado social (§. 21.).

§. 155.

Dividem-se porém os Philosophos ácerca do *direito de necessidade* *). Uns o defendem, outros o impugnam. Aquelles limitam-no ao caso d'o senhor da coisa se não achar na mesma urgente necessidade, e de nós termos a intenção de reparar o damno ao senhor d'ella. As suas razões são: 1.ª o mal, que resultaria de não satisfazermos á nossa necessidade extrema, comparado com o mal de privarmos da sua commodidade ao senhor da coisa, deixa este a perder de vista: 2.ª a presumpção de que o senhor seria humano, e nos concederia a coisa,

se tivessemos tempo de lh'a pedir: 3.ª porque a nossa intenção é pura; e feita uma plena reparação do damno, nenhum de nós soffre mal algum, a lesão extingue-se (§. 146.), e o *favor de necessidade* nos absolve **).

*) *Direito de necessidade* é a faculdade de tirar a coisa a seu dono, ou d'usar d'ella para salvarmos a vida.

**) *Favor de necessidade* é a commiseração, que merece aquelle, que se acha collocado entre a perda da vida e o tirar as coisas alheias a seu dono.

§. 156.

Admittem os outros Philosophos, que o senhor da coisa seria altamente immoral, se n'esta extrema necessidade nos negasse o uso das suas coisas, de que não necessitava igualmente *): porém sustentam com razão, que os principios juridicos, que até aqui temos estabelecido, e o rigor da justiça exterior não admittem este pretendido direito de necessidade. A verdade d'esta doutrina *confessam* tacitamente os que sustentam a opinião contraria, em quanto exigem a intenção de resarcir o damno, e a effectiva reparação, sem o que o favor de necessidade não tolera este direito. Na verdade o *tirar o seu* a seu dono é invadir a sua esphera juridica; é uma lesão, qualquer que seja o pretexto, que se invoque (§. 21.): o *afrouxar* os principios de Direito um só cabello, ou a necessidade seja maior, ou menor, ou extrema, é offender a justiça exterior, que a todo o custo deve ser respeitada; — *fiat justitia*, *pereat*, *ne pereat mundus*. De mais este pretendido direito de necessidade daria occasião a muitos *abusos*, que tornariam impossivel toda a coexistencia

social (§. 21.); porque a extrema necessidade póde ser um estado preparado *dolosamente*, ou pelo menos filho de *negligencia*, casos, em que os nossos adversarios se não atrevem a invocar o favor de necessidade. Finalmente o senhor da coisa póde achar-se *em igual necessidade*, o que o lesante póde não saber; porque o verdadeiro juiz das suas necessidades é a propria pessoa **).

*) O Direito Positivo pelos principios d'equidade (§. 13. ***) póde dar regras determinadas, segundo as quaes aquelle, que usa da coisa alheia, forçado pela necessidade extrema, deva ser alliviado da pena de lesar o senhor da coisa.

**) Não admittindo o direito de necessidade contra o nosso similhante, quando se não acha n'uma necessidade extrema, como nós; muito menos deve admittir-se, sendo iguaes as necessidades d'um e outro. Por estes principios devem decidir-se varias questões, que alguns Escriptores costumam appresentar sobre esta materia, v. g., se, para eu salvar a vida, posso tirar o pão, a taboa ou batel do meu similhante, ao qual o naufragio collocou na mesma extrema necessidade, que a mim.

SECÇÃO

SECÇÃO IV.

Acquisição mediata. — *Contractos em geral.*

§. 157.

Não podemos restringir arbitrariamente a esphera da justa actividade dos nossos similhantes, sem os tractar como coisas ou meros meios para os nosssos fins, sem sermos injustos, e os lesarmos (§. 21.). Por tanto não temos direito a forçal-os a que nos *prestem*, i. é, *dém*, *façam*, *omittam*, ou *permittam* alguma coisa a nosso favor; porque estes factos, entrando na esphera da sua justa actividade, são objectos dos seus direitos (§. 18.), e da sua vontade depende inteiramente o usar d'elles, ou abandonal-os e cedel-os (§. 25.). Por tanto da vontade dos outros depende o prestarem alguma coisa a nosso favor. A *vontade* dos outros não póde ser conhecida, senão sendo *manifestada* por signaes externos (§. 13.**), o que se diz *declaração da vontade*: ora a declaração da vontade de dar a outro o direito a alguma prestação, diz-se *promessa*; a declaração, feita antes ou depois da promessa, de acceitar o direito promettido, diz-se *acceitação*; e a promessa acceitada diz-se *pacto**). Por tanto os pactos constituem a *acquisição mediata* (§. 95.).

*) Ainda que em Direito Romano haja differença entre pacto, contracto e convenção; com tudo, a Sciencia Philosophica do Direito recebe como synonymos estes vocabulos, e assim usaremos d'elles.

§. 158.

O promittente não abandona absolutamente o seu direito, mas cede-o a certa pessoa debaixo da condição d'esta o acceitar. A promessa dá a esta pessoa a *possibilidade juridica d'acquirir ; — volenti et consentienti non fit injuria.* Por tanto pela promessa e acceitação o direito passa do promittente para o acceitante. Pelo pacto pois *transfere-se* d'uma para outra pessoa um direito *). Porém os pactos *não constituem*, ou *criam o direito*, que é anterior ao contracto, e existe independentemente da vontade dos pactuantes: o pacto é sómente a fórma, pela qual se expressa o direito, como convem ás partes contractantes, que devem examinar primeiro o que é direito e justo, e depois exprimil-o e determinal-o pela fórma do contracto [§. 81.] **).

*) O Direito é um producto ideal da faculdade da razão (§. 2.**), ainda quando se considera como adherindo a certas coisas, e só por isto se chama *material* (§§. 65.* e 79.**). O Direito pois, como uma idêa ou concepção da intelligencia, só póde ser do dominio do pensamento; e sómente a vontade, que, segundo diz Kant, é a *razão posta em execução*, póde livremente dispor d'elle, visto que na esphera do Direito ha liberdade juridica (§§. 19.* e 25.). Por tanto a transferencia d'um direito do promittente para o acceitante só póde verificar-se por virtude das determinações das suas vontades, sem que para esta transferencia ideal possam contribuir os factos materiaes, excepto como meios de manifestar o accordo das vontades dos pactuantes em prometter e acceitar. Podemos pois concluir, que por uma vontade, acceitada por outra vontade, i. é, por um contracto, passa o direito do promittente para o acceitante. A transferencia porém das coisas corporaes verifica-se pela tradição material, operada pelas forças physicas do corpo, e é uma consequencia da

transferencia do direito de dispor d'ellas, como materia da sua applicação; alias a transferencia seria injusta. O facto pois da transferencia d'um direito é puramente ideal; o facto da transferencia da coisa é corporeo.

*) Por onde é facil de ver, que qualquer contracto não póde ser contrario ao Direito geral, deduzido da natureza immutavel do homem (§. 4.); alias o contracto será injusto, illegal e nullo: e por consequencia que o titulo particular d'esta acquisição é subordinado ao titulo geral do Direito (§. 33.). E na verdade os contractos dependem da vontade dos pactuantes; porém o Direito está acima da intelligencia e vontade humanas (§§. 1. e 2.): á intelligencia toca descobril-o (§. 35. *); á vontade, executal-o.

§. 159.

Qual é o fundamento da *força obrigatoria dos contractos?* Esta questão é uma das mais difficeis da Philosophia do Direito; e os Escriptores se têm dividido á cerca d'ella *). Parece porém que o principio das obrigações, provenientes dos contractos, se encontra simultaneamente na Moral e no Direito. Na *Moral:* porque aquelle, que com intuito do seu interesse particular deixa de cumprir as suas obrigações (§. 23.), não respeita os preceitos da Moral, que manda fazer desinteressadamente o que é bom, só porque é bom, e por isso cumprir seus deveres, só porque são deveres (§§. 15. e 26.). No *Direito:* porque, consistindo este nas condições necessarias para os fins racionaes do homem (§. 16.); dependendo estas muitas vezes dos outros **); e não podendo o homem obtel-as com certeza, senão por um contracto (§. 157.): é facil de ver, que a fidelidade ás obrigações dos contractos, sem a qual estes seriam inuteis, é uma condi-

ção da vida social, que entra no Direito; e que por isso este reconhece e sancciona as obrigações, que d'elles nascem ***).

*) Diremos em poucas palavras as diversas opiniões: — a *tradição*; — a obrigação dos contractos é *innata*; — é uma *verdade evidente*, que não necessita de prova; — o *consenso do genero humano*; — a *Moral*; — a *necessidade da sociedade*; — a *expectação* excitada pelo promittente; — a *lei da veracidade* entre os homens; — a *occupação da* coisa absolutamente abandonada pelo promittente. Porém todas estas opiniões têm contra si graves inconvenientes; porque ou dão por demonstrado o *quod erat demonstrandum*, ou encontram alguns dos principios, cuja evidencia temos demonstrado.

**) O homem solitario nem poderia conservar-se, nem desinvolver-se; pois a cada passo necessita dos seus similhantes. A sociedade é, na verdade, um commercio d'officios; porém os de justiça não bastam, por negativos (§. 24.); e os de beneficencia são precarios, por dependerem da livre vontade, e por não estarem assegurados pela coacção physica (§. 27.). Os contractos pois são necessarios para converterem os actos de beneficencia em actos de justiça exterior, para d'incertos os tornarem certos.

***) Estas obrigações, que nascem dos contractos, são hypotheticas, e podem considerar-se ou como *affirmativas*, i. é, de dar ou fazer alguma coisa; ou como *negativas*, i. é, de permittir ou não fazer alguma coisa (§. 158.); ainda que aquellas se podem reduzir em ultima analyse a negativas (§. 20. *).

§. 160.

Dos principios expostos (§§. 157. e 158.) deduz-se, que em todo o pacto são necessarios dois requisitos: 1.° a *declaração* da vontade dos dois pactuantes á cerca de certa prestação; 2.° a *possibilidade* da prestação: porque sem o primeiro não existe contracto; e sem o segun-

do o pacto é inexequivel, e por isso inutil, ou nullo; — *ad impossibilia nemo tenetur* *).

*) Diz-se *nullo* aquelle acto, que desde a sua origem não póde produzir effeitos juridicos; e diz-se *irrito* aquelle, que, válido na sua origem, se tórnou nullo por alguma causa superveniente. Porém muitas vezes os Escriptores usam d'estes vocabulos como synonymos.

§. 161.

O primeiro requisito (§. 160.) comprehende implicitamente quatro: 1.° *declaração da vontade:* 2.° *vontade razoavel:* 3.° *vontade livre:* 4.° *conformidade das vontades* dos pactuantes. O segundo requisito comprehende tres: 1.° *possibilidade physica;* 2.° *possibilidade juridica;* 3.° *possibilidade moral.* Falaremos de todos brevemente.

§. 162.

I. *Declaração da vontade.* A declaração da vontade dos pactuantes deve ter-se por equivalente do seu consentimento interno para o effeito dos contractos; e, verificados os outros requisitos, nenhum dos pactuantes póde allegar, que a sua vontade fôra diversa do que significa a sua declaração: porque não podendo conhecer-se a vontade dos outros, senão pelas suas declarações (§. 157.), temos direito a pretender d'elles, que n'esta materia nos não enganem (§. 92. *); e o Direito, todo exterior (§. 25.), nada tem com os actos da vontade, em quanto não vestem o character d'exterioridade pela manifestação (§. 13. **). Por tanto o Direito só avalia os actos da vontade dos pactuantes pelo que significam as suas palavras, e os

outros meios ou circumstancias, que serviram á *manifestação**); a qual, e não a *tradição***), é o verdadeiro fundamento das convenções ***).

*) A manifestação póde ser *expressa*, quando é feita directamente pelos signaes consagrados pelo uso, v. g., pelas palavras e pela escriptura; ou *tacita*, quando se deduz d'actos, que segundo as circumstancias, que os acompanham, servem para manifestar a vontade. O silencio, não sendo acompanhado d'algumas circumstancias, certo não é meio, donde possa deduzir-se o consentimento.

**) *Tradição* é o acto, pelo qual o promittente transfere a coisa para o acceitante.

***) Alguns Escriptores, exigem, para se acquirir direito pelos contractos, já a *prestação* d'uma parte, e já a sua *cabal execução;* e antes destes requisitos sómente concedem o direito á reparação do damno contra o pactuante, que faltou á fidelidade devida á palavra dada. Porém se a declaração da vontade não basta para fundamentar o direito dos contractos; se o pactuante póde dizer, que não tivera intenção séria de se obrigar pela manifestação; não poderá elle dizer o mesmo depois da entrega da coisa? A entrega da coisa é ainda um signal da vontade do pactuante; e porque ha de este signal ser superior aos outros da manifestação? Finalmente o direito á indemnização do damno, que estes Escriptores admittem, presuppõe a validade do contracto pela manifestação; alias será força dizer, que elle provém não da acção injusta (§. 18. *) do promittente, mas da credulidade do acceitante, o que é visivel absurdo. Se não é necessaria a tradição d'um dos pactuantes, muito menos o é a cabal execução.

§. 163.

É facil de ver, que a manifestação deve significar a vontade de effectivamente pactuar por um modo indubitavel; e por isso, que não podem fundamentar um contracto as seguintes

manifestações: 1.° as declarações feitas *gracejando*; porque, com quanto as palavras sôam uma coisa, realmente significam outra; i. é, o pactuaute não tem intenção séria de pactuar: 2.° as declarações *perplexas*, que mostram que a vontade do pactuante não está plenamente decidida a entrar no contracto: 3.° os *tractados e negociações pacticias*, pelas quaes se examina, se ha vontade de contractar, ou se procura facilitar ainda a convenção, examinando o modo e as condições, segundo as quaes ella ha de ser feita: 4.° as declarações *vagamente presumidas*, i. é, fundadas na presumpção de que todo o homem quer o que lhe convém, e deseja cumprir os seus deveres moraes; porque estas presumpções são falliveis, visto que o homem póde juridicamente renunciar aos seus interesses (§§. 130. 131.*), e deixar de cumprir os officios da Moral (§. 27.).

§. 164.

II. *Vontade razoavel.* Aquelle, que ao tempo do contracto não tiver ainda o uso perfeito da razão, ou d'elle vier a ser inteiramente privado, certo não tem uma vontade esclarecida, e capaz de servir de fundamento aos contractos. Por tanto não podem pactuar: 1.° os *dementes*: 2.° os *furiosos*, excepto nos dilucidos intervallos: 3.° os plenamente *embriagados*: 4.° os *surdos-mudos*, que não são ensinados, não só porque lhes faltam as idêas, que provêm pelo sentido do ouvido, senão pela difficuldade de manifestarem algumas vezes a sua vontade com clareza: 5.° os *infantes*, i. é, aquelles, que ainda não chegaram a um perfeito uso de razão por

falta de idade. Porém podem ser representados por outros, que tenham o direito de os defender (§§. 34. e 78.).

§. 165.

III. *Vontade livre.* Alguns tem seguido n'esta materia a regra dos Estoicos — *Coacta voluntas semper est voluntas.* — Seja porém a vontade coacta muito embora vontade, por certo não é uma vontade livre, e capaz de servir de base a uma obrigação juridica. Aquelle, que pelos ladrões foi violentado a obrigar-se ao pagamento de certa quantia, não póde ficar juridicamente obrigado. Temos porém para nós, que o *terror panico* *), e uma *força leve*, a que qualquer homem facilmente póde resistir, não devem annullar os contractos; porque subsiste a liberdade do pactuante, e o interesse social (§. 159. **) não póde tolerar que por tão pequenos motivos se falte á santidade, que lhes é devida. O *medo grave* e a *violencia*, capazes de fazer impressão no homem razoavel, devem annullar o contracto; porque tiram a liberdade do consentimento, e viciam o contracto na sua essencia **): é porém razão que subsista o contracto filho do *medo justo*, v. g., do receio reverencial para com os pais e superiores, do dolo bom ***), e da justa coacção, empregada para execução d'um direito [§. 19.] ****); pois que aquelles, que empregam estes meios, usam do seu direito. — *Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.*

*) Tal é o terror panico, que os agiotas espalham nas praças de commercio para negociarem os papeis de credito dos Governos.

**) O medo determina a vontade pelos males futuros, a violencia pelos presentes. E tanto um, como a outra, são injustos (§§. 90. e 91.).

***) O dolo, que é empregado para obter um fim justo, diz-se *dolo bom*.

****) Este principio é importante para justificar no Direito das Gentes as convenções bellicas, e mais philosophico, do que a regra des Estoicos.

§. 166.

IV. *Identidade de vontades.* Para o pacto é necessaria a combinação das vontades declaradas dos pactuantes: a d'um só não basta, quer seja do promittente, quer do acceitante. Por quanto o promittente não póde introduzir por força a outrem uma coisa, ainda que lhe pareça um puro beneficio; o seu desejo não póde passar d'um offerecimento, para realizar-se o qual é mistér que o outro julgue e declare, que lhe convem acceital-o, porque cada um é o unico e verdadeiro juiz dos seus interesses (§§. 77.* e 78.). A declaração da vontade d'acceitar não passa d'um desejo, ou, quando muito, d'uma esperança, que não podem tirar a outrem o seu direito sem o seu consentimento; porque só do sujeito d'um direito depende o usar d'elle, renuncial-o, cedel-o, ou alienal-o (§§. 25., 130. e 131.). Por tanto sómente a declaração mutua das vontades do promittente e do acceitante constitue um contracto (§. 157.).

§. 167.

Como o pacto sómente nasce d'uma declaração uniforme das vontades (§. 166.), é facil de ver, que esta sómente existe, quando ellas versam

sobre um *objecto determinado*; e por isso, que este deve ser designado ou pelas declarações dos pactuantes, ou pela natureza da coisa, ou pelas circumstancias occurrentes; alias, até esta designação, a obrigação do promittente seria inteiramente arbitraria, e o direito do acceitante incerto e inexequivel *). A pezar d'isto a *simples promessa* d'um objecto determinado antes da acceitação não póde dizer-se inutil; porque dá ao acceitante a possibilidade juridica d'acceitar (§. 158.), e esta possibilidade subsiste, em quanto a declaração do promittente não for revogada por elle **), ou rejeitada pelo acceitante expressa ou tacitamente ***).

*) Assim promettendo qualquer uma cabra do seu fato, um porco da sua vara, um cão da sua matilha, etc., em quanto não for designado o objecto, ainda que concorra a acceitação, não ha contracto. Alguns dizem que nestes casos o acceitante acquire um direito pessoal para obrigar o promittente a designar a coisa, e só depois admittem a acquisição do direito material. Admittida esta opinião, pelo menos, seria inutil nas promessas geraes e indeterminadas, v. g., de protecção, de pão, de azeite, etc., que se podem satisfazer com coisas infinitamente pequenas.

**) Aquelle pois, que por cartas prometteu ao absente, póde revogar a promessa, antes de lhe chegar a resposta do acceitante.

***) A promessa deve julgar-se rejeitada tacitamente, quando o acceitante não acceitou no tempo razoavel, segundo as circumstancias occurrentes. Ao Direito Positivo toca o fixar o tempo, estabelecendo regras determinadas, que tirem toda a dúvida a este respeito (§. 137.).

§. 168.

Tambem o *erro* póde destruir a identidade da declaração das vontades. O erro

d'um dos pactuantes póde ou nascer de *culpa sua*, ou ser filho do *acaso*, ou provir de *culpa do outro pactuante*, ou da d'*um terceiro*, os quaes tambem de proposito o podem induzir a erro, o qual n'este caso é o resultado do *dolo* (§. 141.). O erro póde recair ou no *objecto principal*, i. é, na essencia do objecto, sobre o qual se deviam reunir as vontades (§. 167.), ou sobre a *causa exterior*, que move os pactuantes a contractar, ou sobre as *circumstancias accidentaes* do objecto. O erro do primeiro modo diz-se *essencial* ou *principal*; o erro do segundo e do terceiro modo chama-se *accidental* ou *accessorio*.

§. 169.

O *erro essencial*, provado pelas declarações dos pactuantes (§. 162.), destroe a identidade das vontades, porque o pactuante, sujeito a similhante erro, quer um objecto diverso daquelle, que o outro quer *): e por isso não ha contracto verdadeiro, ou é nullo (§. 166.). Porém o *erro accidental*, como não recáe sobre a essencia do objecto, que é o centro da reunião das vontades, não annulla o contracto; porque existe a identidade das vontades na parte principal, e é regra de Direito, que *o accessorio segue o principal*. Com effeito nem tenho obrigação de saber a *causa*, por que outrem pactúa comigo, nem a posso adivinhar, nem elle mesmo muitas vezes m'a póde dizer **); e se eu, gracejando, ou mesmo dolosamente, procuro mover-lhe o desejo de pactuar, sem attribuir ao objecto qualidades,

que elle não tem, serei immoral, mas não destruo o essencial do pacto ***), excepto se a causa externa, que determina o pactuante, entrou no contracto como *condição* expressa, ou pelo menos tacita, por um modo indubitavel segundo as circumstancias occurrentes [§. 92. *] ****). Finalmente o erro á cerca das *circumstancias* do objecto dá ao lesado, segundo os principios de Direito relativos ás lesões (§§. 140. e seg.), direito á indemnizaçãodo damno contra a pessoa, que delle foi causa *****); mas não póde destruir o essencial do contracto, nem produzir a sua nullidade, porque o *principal não segue o accessario* ******).

*) V. g., declaro, que quero comprar pedras preciosas, e o vendedor dá-m'as falsas : o pacto é nullo.

**) V. g., um homem compra um vestido por causa do seu casamento; este não se verifica : o contracto val.

***) V. g., o mercador persuade-me grandes lucros da compra d'alguma das suas mercadorias; compro maior quantidade : o pacto val.

****) V. g., compro dois cavallos com a declaração expressa de que sejam ensinados a puxar a sege; se o não são, o pacto é nullo.

*****) V. g., compro um moio de trigo; porém, quando o recebo, falta-me um alqueire : tenho direito a pedir a indemnização do damno, e o pacto val.

******) O erro, proveniente do dolo d'um *terceiro*, annulla o contracto, como se proviesse d'algum dos pactuantes sobre o *essencial* do contracto; porque não ha identidade de vontades dos pactuantes. Se porém versam sobre o *accidental* do contracto, o lesado póde pedir a reparação ao terceiro, ou ao pactuante, que com elle tinha lucrado, segundo era possuidor de boa ou de má fé (§§. 150. e 151.).

§. 170.

O segundo requisito dos pactos (§. 160.) é a *possibilidade* da prestação. Esta é de tres especies: physica, juridica, e moral (§. 16.). A impossibilidade *physica* póde ser *absoluta*, quando o acto é contrario ás leis irresistiveis da natureza [§. 5.*] *); ou *relativa*, quando excede as forças daquelle, que o prometteu **). Se a impossibilidade physica é *patente* e *conhecida* pelos pactuantes, aquelle, que promette coisas assim impossiveis, parece antes gracejar, do que ter vontade séria de se obrigar (§. 163.); — *ad impossibilia nemo tenetur*. E se o promittente *dolosamente finge* ser-lhe possivel o acto, que realmente lhe é impossivel, ou se depois do contracto por *culpa* ou *dolo se priva* da possibilidade de satisfazer á sua promessa, o contracto no primeiro caso é *nullo*, e no segundo *irrito* (§. 160.*); porém o pactuante lesado tem direito a pedir reparação do damno (§. 92.) pelos modos, que já dissemos (§§. 143. e seg.).

*) V. g., o fazer parar a terra.

**) V. g., o fazer uma epopeia, sem ser poeta.

§. 171.

A *possibilidade juridica* da prestação é necessaria; porque seria contradicção que o Direito prohibisse um acto absolutamente a alguma pessoa, e ao mesmo tempo legitimasse o contracto, que o tem por objecto. A *impossibilidade juridica* póde recaír no *objecto* do contracto; ou porque os direitos são inalienaveis (§§. 86. e 87.); ou porque os actos são contrarios

ás obrigações juridicas [§. 21.] *): e póde ser *relativa ás pessoas*, ou quando algum dos pactuantes não tem vontade razoavel (§. 164.), ou quando o promittente não tem direito, que transferir: — *nemo dat quod non habet* (§. 166.).

*) Assim não póde ser objecto do contracto a coisa alheia; porque se não póde tirar a seu dono sem lesão, que é prohibida por Direito: nem as coisas, que por um contracto anterior pertencem a outro, ainda que não tenha havido a tradição; por não ser esta necessaria para a transferencia dos direitos pelos contractos (§. 162.***).

§. 172.

A *possibilidade moral* tambem é necessaria; porque, tendo o Direito e a Moral a mesma origem, — a razão practica (§. 22.), e dirigindo-se ao mesmo fim (§§. 15 e 16), não póde haver Direito immoral, nem Moral injusta. A impossibilidade moral póde ser *absoluta* *), ou *relativa* **). Dada a primeira, os pactuantes podem fazer e cumprir, querendo, o contracto; porque têm direito d'independencia (§. 75.). Porém o promittente póde arrepender-se; porque do contracto não provém obrigação juridica, e é nullo; visto que a obrigação juridica seria contraria a uma obrigação moral de tal modo definida, que não admitte excepção; haveria evidentemente contradicção entre as obrigações moraes e as juridicas, e antinomia entre as leis do Direito e da Moral ***). Dada porem a segunda, o contracto é válido; porque só o promittente póde conhecer, se está, ou não, nas circumstancias de cumprir a obrigação moral ****). Por tanto, se não julgou bem, ou a não quiz cumprir, *sibi imputet* *****); o acceitante podia presumir o contrario (§. 168.), e tinha direito a

não ser enganado (§. 92.). Finalmente, se com o pretexto da impossibilidade moral relativa se podessem anullar os contractos, tão necessarios aos homens (§. 159. **), estes tornar-se-hião inuteis; porque nunca faltaria similhante pretexto *****).

*) A impossibilidade moral *absoluta* tem logar, quando a promessa é contraria a uma obrigação moral de tal modo definida e geral, que não admitte excepção; v. g., a promessa de renegar a religião, de não prestar nunca culto a Deos, de jurar falso, de se suicidar, de se embriagar, de não beneficiar aos outros, ainda tendo occasião, etc.

**) Ha impossibilidade moral *relativa*, quando a promessa é contraria a uma obrigação moral, cujo cumprimento depende da occasião, ou da excepção, havendo collisão (§. 29.).

***) É verdade que o Direito garante a liberdade exterior dentro da esphera juridica por uma permissão tacita ainda nas acções moralmente illicitas (§. 25.). Porém vai longa distancia d'uma permissão, necessaria para a moralidade das acções, a uma obrigação juridica. Aquella não destroe a harmonia entre o Direito e a Moral; esta, sendo válida, tornaria antinomicas as duas legislações.

****) As circumstancias particulares do individuo cruzam-se, complicam-se, e são de ordinario tão occultas para os outros, que só elle as póde conhecer, e muitas vezes nem elle. Os tribunaes de justiça pois não podem decidir, se um homem podia, ou não, cumprir uma obrigação moral dependente das circumstancias (§. 29.). Por tanto no foro exterior deve presumir-se que as promessas dos pactuantes não têm impossibilidade relativa; e por isso os contractos são válidos.

*****) Se o promittente tinha occasião de cumprir a sua obrigação moral, e contra ella fez a promessa do contracto com conhecimento de causa, peccou contra a lei moral, e é responsavel diante de Deos e da sua consciencia. E o acceitante, conhecendo esta impossibilidade moral relativa, segundo os principios da *equidade* deverá ceder ou modificar o seu direito; mas esta obrigação é só moral, e não juridica (§. 32.).

......) V. g., vendo um livro, arrependo-me, digo que falto á obrigação moral de o dar a um parente, que delle precisa: dou o livro a Pedro, arrependo-me, digo que fiz uma falsa excepção, porque o devia dar a Paulo, meu bemfeitor, ou mais necessitado, etc.

§. 173.

Muitas vezes os contractos são feitos debaixo de condições. Diz-se *condição* qualquer evento, de que depende a existencia d'um acto. As condições dividem-se em *naturaes*, i. é, aquellas, que pela natureza da coisa são inherentes ao acto; v. g., nos contractos o não haver erro essencial, a possibilidade da prestação, etc.; e *arbitrarias*, i. é., aquellas, que os pactuantes por sua livre vontade juntaram ao acto. Estas subdividem-se em *possiveis*, ou *impossiveis*, segundo repugnam, ou não, ás leis physicas da natureza, ou ás leis juridicas e moraes. E como a condição é uma especie de pacto, a impossibilidade das condições deve regular-se, na parte applicavel, pelos principios, que estabelecemos relativamente á impossibilidade dos pactos (§. 170. e seg.).

§. 174.

As condições possiveis e arbitrarias subdividem-se: 1.° em *affirmativas*, quando a existencia ou validade do acto depende da realização d'ellas; e *negativas*, quando pelo contrario depende da não realização: 2.° em *potestativas*, quando dependem do livre alvedrio daquelle, para quem se transfere o direito; *casuaes*, quando dependem do acaso; e *mistas*, quando dependem parte do arbitrio, e parte do acaso: 3.° em *suspensivas*, quando demoram o principio

principio da obrigação; e *resolutivas*, quando a sua realização extingue a obrigação.

§. 175.

Celebrado o contracto com os requisitos, de que temos fallado, se foi *absoluto*, traspassa immediatamente pará o acceitante o direito (§. 158.), e produz obrigação juridica d'o promittente prestar o acto, que foi objecto do contracto (§§. 157 e 159.), independentemente da tradição (§. 162. ***). Por tanto, se o promittente faltar á sua obrigação, póde o acceitante compellil-o pela faculdade de coacção, que acompanha o seu direito (§. 19.).

§. 176.

Nos *pactos condicionaes* a obrigação sómente nasce com a condição *suspensiva*. Antes d'a condição se verificar, sómente o promittente tem a obrigação de não concorrer para que ella se não verifique (excepto se for a seu respeito potestativa ou mista); porque seria violar a santidade das convenções. Tanto que ha certeza de que a condição se não verificará, póde dar-se o pacto por nullo. Pelo contrario, se a obrigação for *resolutiva*, o contracto é desde logo efficaz, existe a obrigação da prestação, e continúa vigente, em quanto se não verifica a condição, que o resolve. Por tanto todo o uso, que o acceitante faz da coisa, durante este periodo, é legitimo, e não ha logar a indemnização.

SECÇÃO V.

Diversas especies de pactos.

§. 177.

Deveramos por ventura contentar-nos com os principios geraes dos contractos, que estabelecemos na Secção precedente, reconhecendo com os Philosophos modernos, que uma ampla exposição dos contractos particulares a cada passo depende do conhecimento d'uma porção de factos accidentaes da sociedade, fundados no estado mais ou menos perfeito d'ella *). Porém assim como elles applicam os principios do *Direito Puro* á familia, ao Estado e á Igreja, o que chamam *Direito Applicado* (§. 44.), assim tambem nós podemos applicar brevemente os principios geraes dos contractos ás suas differentes especies.

*) Os antigos Escriptores de Direito Natural, tractando dos contractos em particular, quasi que nada mais faziam, do que repetir as disposições do Direito Romano, decidindo na materia de pactos infinitas questões, connexas com outras de diversos ramos do Direito, segundo estas se achavam decididas nos Codigos Romanos.

§. 178.

Os JCtos e Philosophos costumam dividir os pactos: 1.° em *iguaes* (*onerosos*, *bilateraes* ou *synallagmaticos*), e *desiguaes* (*gratuitos*, *beneficos*, ou *unilateraes*). Pacto *igual* é aquelle, que é um onus para ambos os pactuantes; e pacto *desigual* é aquelle, que produz um beneficio

para uma das partes sómente: 2.° em *principaes* ou *independentes*, que podem por si só existir; e *accessorios* ou *relativos*, que dependem d'algum contracto principal: 3.° em *obrigatorios*, quando constituem uma obrigação; e *liberatorios*, quando a extinguem.

§. 179

Todos os *pactos beneficos* em ultima analyse podem reduzir-se á *doação*, que é o contracto, pelo qual o promittente se obriga a entregar gratuitamente alguma coisa ao acceitante *). A doação divide-se: 1.° em *simples*, quando é um puro acto de beneficencia; e *remuneratoria*, quando é acto de gratidão por beneficios recebidos: 2.° em doação *inter vivos*, quando transfere logo o dominio para o donatario; *mortis causa*, que sómente produz effeito para depois da morte do doador, e que este póde arbitrariamente revogar em sua vida **).

*) O promittente diz-se *doador*, o acceitante *donatario*.

**) As regras, que os Escriptores de Direito Natural dão, como especiaes para este contracto, nada mais são, do que a repetição dos principios geraes, que estabelecemos na Secção antecedente.

§. 180.

Mutuo é o contracto, pelo qual se promette dar gratuitamente uma coisa fungivel com a obrigação d'o acceitante fazer restituição substituida (§. 143.), depois do tempo determinado *). São applicaveis a este contracto os principios especiaes seguintes: 1.° o *dominio* sobre a coisa emprestada *passa* para o mutuario; não porque as coisas fungiveis se consumam ne-

cessariamente com o uso, como diziam os antigos **), mas porque a alienação do dominio foi da vontade dos pactuantes (§. 158): 2.° todo o *perigo* da coisa corre por conta do mutuario; *res suo domino perit*: 3.° o mutuario deve restituir coisa *equivalente*, i. é., da mesma quantidade e qualidade: 4.° o mutuante não tem direito a pedir a coisa, *antes de findar o tempo* determinado ***); porque póde esta ter sido consumida pelo uso, e soffrer o mutuario grave prejuizo em aprompiar immediatamente a equivalente: 5.° como o mutuario deve restituir coisa perfeitamente equivalente, póde dizer-se que o contracto é *igual*; porém como elle fica com o uso gratuito della, póde a este respeito chamar-se *desigual* (§. 178.).

*) Aquelle, que dá a coisa, diz-se *mutuante* ou *crédor*; aquelle, que tem a obrigação da restituição, diz-se *mutuario*, ou *devedor*.

**) Os antigos diziam coisas *fungiveis* aquellas, que se consomem com o uso, ou *naturalmente*, v. g., o vinho, o trigo, etc., ou *civilmente*, v. g., o dinheiro; e *não fungiveis*, as que se não consomem com o uso. Porém nem todas as coisas, que se consomem com o uso, são fungiveis: v. g., se eu empresto alguns dobrões para outro marcar ao jogo, com declaração de me restituir os mesmos, estas moedas não são fungiveis, e o contracto não é mutuo: nem todas as coisas, que se não consomem com o uso, são não-fungiveis; v. g., se eu empresto um exemplar d'uma obra nova, póde ser completamente satisfeita a obrigação de m'a restituir com outro exemplar igualmente encadernado e novo; a coisa não se consome com o uso, é com tudo é fungivel. São pois coisas fungiveis todas aquellas, que podem ser perfeitamente representadas por outras, de tal sorte que para cumprimento das obrigações, sobre ellas estabelecidas, umas podem ser dadas em pagamento por outras; e dizem-se *não-fungiveis* aquellas, que, não podendo ser representadas por outras, sómente são sujeitas a uma restituição identica (§. 143.). Da *intenção* pois dos pactuantes depende muito a obrigação

de fazer restituição identica, ou substituida, e por isso a distincção das coisas em fungiveis e não-fungiveis.

***) Este tempo póde ser determinado ou expressamente pela convenção, ou tacitamente pela natureza da coisa, ou pelas circumstancias occurrentes.

§. 181.

Commodato é o contracto, pelo qual um se obriga a emprestar a outro gratuitamente uma coisa não-fungivel (§. 180. **) com a obrigação de restituição identica (§. 143.) depois do uso e tempo determinado *). São applicaveis a este contracto os principios seguintes: 1.° só póde ser commodante quem tem, pelo menos, o *direito d'usar* da coisa (§. 130.); porque transfere o uso della: 2.° o commodante não perde nem o *dominio*, nem a *posse;* porque o commodatario sómente detem a coisa em nome do commodante: 3.° o commodatario não póde usar da coisa, senão pelo *tempo* e *modo determinado*, alias deve reparar o damno **): 4.° o commodatario deve empregar *toda a diligencia* na guarda da coisa; porque não deve remunerar o beneficio do commodante pela ingratidão da negligencia e deleixo: 6.° o commodatario deve soffrer as *despesas necessarias* para usar, pela regra — *Quem tem o commodo, deve ter o incommodo;* 7.° o commodatario deve pagar as *deterioridades*, que causou na coisa, excepto as que resultam do uso da coisa sem culpa alguma delle: 8.° o commodante não póde pedir a coisa, antes de *findar o tempo* determinado: 9.° excepto se lhe sobreveio uma *necessidade urgente* e *imprevista;* porque se deve presumir, que se o commodante a previsse no acto do contracto, seria sua vontade exceptual-a: 10.°

o commodante deve pagar ao commodatario as *despesas extraordinarias*, quando este não teve tempo de prevenir aquelle: 11.° o commodante tem direito á satisfacção (§. 143.), quando a coisa *pereceu por acaso* tal, que não pereceria, se não tivesse sido emprestada, principalmente nos casos seguintes: *a*) se o commodatario se obrigou aos casos *fortuitos e inópinados*; *b*) se a coisa foi *avaliada* antes do emprestimo; *c*) se o commodatario estava em *mora*; *d*) se o commodatario, podendo usar da sua coisa, *usou da emprestada*; *e*) se, podendo salvar a emprestada, *salvou a sua*.

*) Aquelle, que empresta a coisa, diz-se *commodante*; aquelle, que a recebe, diz-se *commodatario*.

**) Se o tempo do uso não foi determinado, mas ficou dependente do arbitrio do promittente, o contracto diz-se *precario*, e o acceitante deve restituir a coisa, logo que o promittente a pede.

§. 182.

Deposito é o contracto, pelo qual alguem se obriga a guardar uma coisa movel *) d'outro gratuitamente **), e a restituir-lh'a, quando este quizer ***). São applicaveis a este contracto os principios seguintes: 1.° o depositario deve ser *diligente* na guarda da coisa; porque não é razão que falte á confiança d'amigo: 2.° *não póde usar* da coisa: 3.° deve *restituir* a coisa ainda antes de findar o tempo determinado, se o deponente pede a restituição; porque o depositario não tem interesse em reter a coisa: 4.° deve *resarcir o damno*, filho de dolo ou culpa sua; não ha porém culpa: *a*) se na *collisão* preferiu salvar a sua coisa á depo-

sitada; *b*) se *restituiu* a coisa ao *verdadeiro senhor* della, e não ao depositador; *c*) se a não restituiu ao depositante, que se tornou *furioso*; deve porém restitui-la á pessoa, que se acha *encarregada* da administração de seus bens (§. 164.): 5.° o depositante é obrigado a pagar todas as *despesas* feitas para a guarda da coisa depositada, e as *perdas e damnos* occasionados ao depositario pelo deposito; pela regra — *Officium suum nemini debet esse damnosum.*

*) Porque as immoveis não necessitam da guarda do depositario para o depositante tomar conta dellas quando quizer.

**) Porque se por ventura se estipula alguma paga ao depositario, o contracto passa para oneroso, como locação d'obras.

***) Aquelle, que entrega a coisa, diz-se *depositante* ou *depositador*; aquelle, que a recebe, diz-se *depositario*.

§. 183.

Mandato é o contracto, pelo qual uma pessoa promette encarregar-se da gerencia *) d'um negocio, que outrem lhe commette **). O mandato póde ser *geral*, ou *especial*, segundo são, ou não, determinados os negocios pelo contracto. São applicaveis a este contracto os principios seguintes: 1.° o mandante é *responsavel* pelas acções do mandatario, que se comprehendem dentro dos limites do mandato; pela regra — *Quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*: 2.° deve pagar as *despesas*, que o mandatario fez na administração dos negocios: 3.° o mandatario é obrigado a administrar com toda a *diligencia* o negocio: 4.° a reparar o *damno* causado por dolo ou culpa sua; 5.° a

dar *contas*, e a *entregar* o que recebeu por occasião do mandato: 6.º o mandato *acaba* pela *morte* do mandante ou mandatario, pela *revogação* do mandante, e pela *renúncia* do mandatario; porque a confiança, fundamento do contracto, póde acabar, e por isso qualquer dos pactuantes deve ter o direito de dar por concluido o contracto.

*) Se a gerencia dos negocios não for gratuita, mas por paga ou honorario promettido, o contracto deixará de ser desigual, e passará a igual; será locação d'obras.

**) Aquelle, que commette o negocio, diz-se *mandante* ou *constituinte*; aquelle, que se encarrega d'elle, diz-se *mandatario* ou *procurador*.

§. 184.

Gestor de negocios é aquelle, que voluntaria e gratuitamente se encarrega da gerencia d'um negocio de pessoa absente, e que o ignora *). São applicaveis á gestão de negocios os principios seguintes: 1.º o gestor de negocios deve administrar com *summa diligencia*, i. é, muito maior, do que a do mandatario; porque a escolha, que o mandante faz do mandatario, ainda póde desculpar a sua inhabilidade e erros; porém o gestor de negocios confia em si, e mette-se a administrar negocios alheios, sem consultar o senhor; deve pois conduzir-se de modo, que nada deixe a desejar: 2.º deve *dar contas* da sua administração, e *entregar* o que recebeu por occasião della: 3.º deve *reparar o damno*, que causou por dolo ou culpa: 4.º o senhor dos negocios deve pagar ao gestor delles as *despesas*, que este fez na gerencia em beneficio daquelle.

*) Não é pois um contracto; porque não ha promessa acceitada (§. 157.).

§. 185.

Alguns, que têm impugnado a propriedade literaria, disseram que o fim do auctor é dar publicidade aos seus pensamentos, e que o *contrafactor*, para este fim, é um verdadeiro *gestor de negocios:* porém ninguem póde ser gestor dos negocios d'outrem contra sua vontade e em seu prejuizo (§. 184.). E na verdade o auctor, que publíca uma obra, tem dois fins: um *intellectual*, para que o público participe de suas concepções; outro *material*, para tirar do fructo do seu trabalho os meios ou condições para a sua existencia. Este fructo do trabalho intellectual é tão razoavel, como o de todo e qualquer outro trabalho legitimo; e a sociedade deve garantil-o, subministrando as condições necessarias para que não sejam multiplicados os exemplares da obra sem o consentimento do auctor *).

*) A propriedade literaria, como toda a outra propriedade, póde e deve ser modificada pela Politica, que lhe deve assignar os limites, que as necessidades sociaes demandam. Porém esta questão pertence ao Direito Publicó ou ao Positivo (§. 105.).

§. 186.

A permutação ou troca é o typo de todos os *contractos iguaes*. Diz-se *troca* o contracto, pelo qual os pactuantes se obrigam a dar uma coisa por outra. A troca divide-se em *simples*, quando as coisas, que são objecto do contracto, não foram avaliadas; e *estimada*, quando os pactuantes determinaram o seu preço. Este contracto é de todos os iguaes o mais antigo; porque a venda presuppõe a descoberta da

moeda, e todos os outros maior cultura e aperfeiçoamento das relações sociaes. A troca pouco differe da compra e venda; porque n'aquella cada uma das coisas póde ser considerada como preço da outra: por isso quasi todos os principios, relativos á compra e venda, são applicaveis á troca.

§. 187.

Compra e venda é o contracto, pelo qual se promette uma coisa por certo preço, i. é, por certa quantidade de dinheiro *). São applicaveis a este contracto os principios seguintes: 1.° o vendedor deve fazer logo *tradição* da coisa; e o comprador, do preço; excepto se convencionaram algum espaço de tempo para as entregas: 2.° as *despesas da tradição* da coisa até ao acto da entrega ao comprador são por conta do vendedor, porque são um meio para cumprir a sua obrigação; as despesas posteriores são por conta do comprador: 3.° se o vendedor *não entrega* a coisa no tempo convencionado, o comprador póde ou *compellil-o*, ou *revogar* o contracto; porque se o mutuo consentimento fez o contracto, o mutuo dissenso o disolve; excepto se a falta d'entrega é por culpa do comprador: 4.° o vendedor, que não entregou a coisa no tempo convencionado, deve *resarcir* o damno: 5.° o *preço* deve ser pago no logar e tempo da entrega da coisa; porque a tradição da coisa e do preço deve ser simultanea: 6.° se o comprador não pagou o preço no tempo marcado, o vendedor póde ou *compellil-o ao pagamento* e indemnização do damno (§. 167. *), ou *revogar a venda*: 7.° o *dominio* da coisa

passa para o comprador antes da *tradição*, não assim o dominio do dinheiro para o vendedor (§. 167.). Assim que, depois do contracto e antes da tradição, o *risco do dinheiro* e da coisa corre por conta do comprador; — *res suo domino perit.* Porém o *risco da coisa* tem as seguintes excepções: *a*) se pereceu por *vicio antigo*, que o vendedor devia doscobrir ao comprador; *b*) *se interveio culpa* ou *dolo* do vendedor; *c*) se o vendedor estava constituido em *mora; d*) se o vendedor se sujeitou ao *risco casual* anterior á entrega; *e*) se a coisa ainda precisa de *designada* (§. 167.).

*) Aquelle, que promette entregar a coisa, diz-se *vendedor*; e aquelle, que promette o preço, chama-se *comprador*.

§. 188.

Pertence á compra e venda a evicção e os vicios redhibitorios. A *evicção* toma-se em diversas accepções: 1.ª pela *indemnização* do comprador, feita pelo vendedor, quando a coisa foi tirada áquelle pelo verdadeiro senhor: 2.ª pelo *abandono*, que o comprador é obrigado a fazer em todo ou em parte ao senhor d'ella: 3.ª pela *sentença*, que ordena o abandono: 4.ª pela *demanda*, que é intentada para este abandono. A terceira e quarta accepções são mais proprias do Direito Positivo. O vendedor deve entregar a coisa ao comprador de modo, que este possa d'ella usar tranquillamente: por tanto se a coisa não era do vendedor, e foi tirada ao comprador, deve aquelle *indemnizar* a este: 1.° do *preço* da coisa *): 2.° do *damno*, que o comprador soffreu, v. g., despesas do contracto, fructos, que pagou ao verdadeiro senhor (§. 151.), e o que a coisa valia de mais, do que o

preço, por que foi vendida, excepto as *bemfeitorias necessarias* e *uteis*, que deve pagar-lhe o verdadeiro senhor (§. 152.): 3.° se ao comprador só for tirada *parte da coisa*, ou esta apparecer *sujeita a algum onus*, sendo o onus, ou porção tirada, taes, que o comprador, se o soubesse, não compraria, tem direito a rescindir a venda, ou á indemnização do damno (§. 169.).

*) O *preço* deve ser *restituido por inteiro*, ainda que a coisa ao tempo, que foi tirada ao comprador, valesse menos por culpa sua; porque o comprador não póde ser punido por usar, como quiz, d'uma coisa, que accreditava sua. Se porém a coisa valer menos em razão de deterioridades, causadas por dolo do comprador, ou se dellas tirou interesse, o vendedor não deve ser obrigado a pagar uma parte do preço, igual ao valor dessas deterioridades; porque o comprador ou lucraria com o seu dolo, ou locupletar-se-hia com a jactura alheia.

§. 189.

Vicios redhibitorios são todos aquelles, que o comprador não podia ver ao tempo do contracto *); que fazem com que a coisa não possa servir para o fim, a que é destinada ou naturalmente, ou pela declaração dos pactuantes (§. 169. ****); e que, pelo menos, diminuem o seu prestimo de modo, que o comprador, se os conhecesse, certo a não compraria (§. 188.). Havendo similhantes vicios, o comprador tem o direito ou de *revogar* o contracto, ou de pedir *indemnização* do que a coisa val de menos [§. 169.] (principalmente se o vendedor os conhecia, e os não declarou), e das *perdas* e *damnos*, que soffreu.

*) Se os vicios eram patentes, deve presumir-se que o

comprador os viu, e que assim mesmo quiz a compra; e se não os viu, *sibi imputet.*

§. 190.

Locação e conducção é o contracto, pelo qual alguem se obriga a dar a outro o uso d'alguma coisa não-fungivel ou o gozo do seu trabalho por certo tempo e por certo preço *). Este contracto divide-se em locação de *coisas*, e locação d'*obras:* aquella comprehende o uso de todas as coisas externas, immoveis, moveis e semoventes, afóra as fungiveis, que entram no contracto de emprestimo a juros; esta comprehende todos os trabalhos, serviços ou cuidados do homem **). São applicaveis á locação e conducção os principios seguintes: 1.° o locador não *aliena* o dominio da coisa, mas só o *direito d'usar* (§. 130.): 2.° deve prestar o *uso da coisa* pelo tempo determinado, e não póde expulsar o conductor, nem mesmo com o fundamento de necessidade superveniente: 3.° se *vendeu a coisa*, o comprador não póde expulsar o conductor: 4.° deve declarar ao conductor os *vicios* da coisa [*vicios redhibitorios* (§. 189.)]: 5.° deve *conservar a coisa* em estado d'o conductor poder usar d'ella, segundo o fim, para que é destinada: 6.° deve pagar as *despesas necessarias* ao conductor: 8.° o conductor só póde usar da coisa dentro dos *limites* do contracto: 8.° deve *pagar a pensão*, *aluguer* ou *soldada* no tempo marcado no contracto ***): 9.° póde *sublocar*, i. é, transferir para outro o uso da coisa, ficando responsavel pela pensão ou aluguer, e pelas deterioridades, que causar o sublocado: 10.° se o conductor continúa a usar

da coisa além do tempo do contracto, e o locador se não oppõe, dá-se uma nova *locação e conducção tacita* (§. 162.*), com as obrigações da anterior expressa.

*) A locação das coisas entre nós diz-se *arrendamento*; e o preço nos predios urbanos, *aluguer*; e nos rusticos, *pensão* ou *renda*. Em geral o que promette o uso da coisa ou as obras, chama-se *locador*; o que promette o preço, diz-se *conductor*. Entre nós o locador de coisas diz-se *senhorio*; e das obras, *criado*, *feitor*, etc.; o conductor de predios urbanos, *inquilino*; de predios rusticos, *colono* ou *rendeiro*; e o das obras, *amo*.

) Estes trabalhos podem ser por um tempo indefinido (em quanto quizerem amo e criado), ou por certo tempo, ou por toda a vida; porque o criado ou mandatario sempre fica pessoa juridica, o que não acontece na escravidão, que faz perder a liberdade e todos os direitos (§. 91.).

***) É questão, se o rendeiro fica desonerado da obrigação da pensão por causa d'*esterilidade*, i. é, pela privação total ou parcial do uso da coisa por acontecimentos fortuitos e inopinados. Temos para nós, que no arrendamento por varios annos deve compensar-se a esterilidade d'um pela maior fertilidade dos outros; se porém o arrendamento foi só por um anno, e o rendeiro não tomou sobre si expressamente a obrigação de pagar apezar da esterilidade, ou a pensão não foi diminuta em attenção á possibilidade d'ella, a razão juridica parece dar-lhe direito a uma remissão em proporção da esterilidade; porque falta o fim, pelo qual o rendeiro prometteu a pensão.

§. 191.

Emprestimo a juros é o contracto, pelo qual alguem promette a outro o dominio d'uma coisa fungivel por certo tempo e por certo preço *). Este contracto participa da natureza do mutuo, quanto á coisa emprestada (§. 180.), e da natureza da locação e conducção, quanto aos juros (§. 190.). Por isso os principios, que re-

gulam aquelles contractos, são applicaveis ao emprestimo a juros **).

*) Este preço diz-se *juro*; aquelle, que promette o uso da coisa, diz-se *emprestador* ou *crédor*; e aquelle, que promette o juro, diz-se *tomador* ou *devedor*.

**) Depois dos principios estabelecidos pela Economia Politica, não póde duvidar-se da *justiça d'este contracto*. Os cabedaes, tanto fixos, como circulantes, são agentes da producção. Se é justo o aluguer e a pensão, justos são tambem os juros.

§. 192.

Cambio em geral é a troca de dinheiro por dinheiro. Divide-se em *cambio de banco*, i. é, a troca de moédas de differentes paizes ou praças, e *cambio miudo*, i. é, a troca de moédas da mesma praça *). O modo principal, por que se faz o cambio de banco, são as letras de cambio. Diz-se *letra de cambio* uma carta, pela qual o sacador encarrega ao sacado, que pague em outro logar, ou á vista, ou n'uma épocha determinada ao tomador, ou á sua ordem, certa somma de dinheiro em troca d'outra somma, ou valor, recebido no logar, aonde foi assignada, realmente, ou em conta **). A letra de cambio deve conter os seguintes requisitos: 1.° ser sacada d'*um logar sobre outro;* porque d'outro modo não haveria troca por causa do risco, que o sacador toma sobre si, mandando pagar em outro logar a somma recebida n'aquelle: 2.° ser *datada*, para se poder saber, se o sacador a esse tempo era capaz de se obrigar, e se tinha fundos em poder do sacado, sem os quaes este não é obrigado a acceitar a letra, nem a pagal-a: 4.° *declarar a somma*, que o sacado deve pagar, alias será uma *carta*

de credito ou de *recommendação:* 4.° declarar o *nome* e o *domicilio* do sacado, para que não haja dúvidas, principalmente havendo outras pessoas do mesmo nome: 5.° declarar a *épocha* e *logar*, em que o pagamento ha de ser feito, para evitar questões entre o tomador e o acceitante: 6.° declarar — *valor recebido*, ou seja em moédas, ou em mercadorias, que o sacador se obriga a fazer pagar ao tomador ou á sua ordem em diverso logar, para servir de titulo ao tomador: 7.° ou declarar—*valor em conta*, i. é, por conta do que o sacador deve ao tomador, e com o qual compensa uma porção iguál da divida: 8.° declarar —*á ordem;* porque póde acontecer que o tomador não queira receber a letra, mas sim indossal-a n'outro: 9.° declarar o *nome do tomador*, para se saber, quem entregou ao sacador o seu valor, e quem póde receber ou indossar a letra: 10.° declarar, se por *primeira*, ou por *segunda via*, para o acceitante não ser obrigado a pagar o mesmo valor duas vezes ***).

*) Chamam-se *banqueiros* ou *cambistas* aquelles, que se occupam n'este negocio. Tambem se diz *cambio* o *premio* por qualquer troca de moédas, e a *relação* do valor, em que se acham as moédas de differentes especies, ou de differentes praças ou paizes.

**) Aquelle, que assigna a letra, diz-se *sacador*. Aquelle, que a ha de pagar, *sacado;* e depois de ter posto na letra = *acceito*, = diz-se *acceitante*. Aquelle, que recebe a letra do sacador, diz-se *tomador*, *dono da letra*, ou *dador do valor*. Quando a letra tem a clausula — *á sua ordem* —, póde o tomador cedel-a a outro. A esta cedencia, porque é escripta no dorso da letra, chama-se *indosso*. O cedente diz-se *indossador*; e o cessionario, *indossatario*. O indosso póde repetir-se indefinidamente, e o ultimo dos indossatarios, ou aquelle, que tem direito de receber a letra, e se appresenta ao acceitante para isto, diz-se *portador*.

***)

***) Nas letras de cambio ha um complexo de varios contractos, v. g., troca, mandato, fiança, etc.; e os principios, que regem estes contractos, são applicaveis aos direitos e obrigações das diversas pessoas, que intervêm nas letras de cambio.

§. 193.

Emphyteuse é o contracto, pelo qual se promette conceder o dominio util d'um predio por certa pensão annua em reconhecimento do dominio directo *). São applicaveis a este contracto os principios seguintes: 1.° que o *senhorio* fica com o dominio directo, e o *foreiro* com o util (§. 131. **): 2.° que o *objecto* do contracto deve ser uma coisa *immovel*, ou seja predio *rustico*, ou *urbano*: 3.° que o canon seja em *reconhecimento* do dominio directo; porque se for em paga dos fructos, o contracto será locação e conducção: 4.° que se obriguem o *senhorio* a *entregar* a coisa, e o *foreiro* a *pagar* o canon. Muitas questões tractam os JCtos ácerca do *laudemio*, do direito de *prelação*, das *bemfeitorias*, da *renovação* do prazo, etc., que deixamos ao *Direito Positivo* (§§. 39. e 177.).

*) O contracto da emphytense chama-se tambem entre nós *aforamento* ou *prazo*. Aquelle, que recebeu o dominio util, diz-se *emphyteuta* ou *foreiro;* aquelle, que conserva o dominio directo, diz-se *senhorio* ou *senhor directo*. A coisa emphyteuticada diz-se *emphyteuse* ou *prazo;* e a pensão annua diz-se *canon* ou *foro*, quando é coisa ou quantidade determinada, e *ração*, quando é quantidade incerta de fructos, v. g., a oitava parte, etc.

§. 194.

Sociedade de negocio em geral é o contracto, pelo qual duas ou mais pessoas põem em com-

mum coisas ou obras com o fim de dividirem os lucros entre si *). Divide-se em *universal*, ou de todos os bens; *geral* de ganhos por qualquer modo acquiridos; e *particular* dos lucros de certa e determinada empresa **). Á sociedade de negocio são applicaveis os seguintes principios: 1.° que cada socio deve *contribuir* para a sociedade com alguma *coisa*, *trabalho* ou *industria*: 2.° que todos os socios devem ter *quinhão* nos *ganhos* e *perdas*: 3.° que o *administrador* deve dar *contas*: 4.° que a *sociedade principia* no momento do contracto; excepto se os socios convencionaram outra coisa: 5.° que a sociedade se julga *vitalicia*; excepto se a duração d'ella for limitada por convenção ou pela natureza da empresa: 6.° que *acaba a sociedade*: *a*) quando *expira o tempo* do contracto; *b*) se *perece* a coisa, objecto da sociedade; *c*) pela *morte* dos socios; *d*) pela *renúncia*, feita de *boa fé*, se a sociedade for *illimitada* quanto ao tempo, e *justificada* pelo procedimento dos outros socios, se a sociedade for *limitada*; *e*) *consummado o negocio*, para que foi estabelecida: 7.° na sociedade *universal*, na falta de convenção, dividem-se *por cabeça* os capitaes, lucros ou perdas em quinhões iguaes: 8.° nas sociedades *geral* e *particular* os lucros ou perdas são divididos na *proporção dos capitaes* e *do valor da industria*, com que cada um dos socios entrou para a sociedade, e aquelles são restituidos a seus donos: 9.° no caso de *dúvida*, se a sociedade é universal, ou geral, deve *presumir-se geral*.

*) Os pactuantes chamam-se *socios* ou *associados*; e aquelle, que foi encarregado da administração dos negocios da sociedade, *administrador*.

**) A sociedade particular tem diversas denominações, segundo as suas diversas especies: — *companhia*, *sociedade com firma*, *sociedade de capital e industria*, *sociedade em conta de participação*, *parceria*, etc.

§. 195.

Contractos *aleatorios* são aquelles, cujos effeitos, quanto á perda ou ganho, dependem d'um acontecimento incerto. Estes contractos podem ser *beneficos* ou *onerosos* (§. 178.). São applicaveis a estes contractos os principios seguintes: 1.° se algum dos pactuantes tem *certeza* á cerca do evento, que para os outros é incerto, o contracto deixará de ser aleatorio: 2.° nos onerosos calcula-se a *igualdade* pela *proporção* entre a esperança do ganho e o risco da perda: 3.° esta proporção calcula-se pela *probabilidade* do evento, e pela *quantidade* do valor, que se póde perder, ou se póde ganhar. Entram nos contractos aleatorios os seguintes:

§. 196.

A *compra da esperança* é o contracto, pelo qual se compra a esperança d'alguma coisa, cuja existencia é casual *). N'este contracto ambos os pactuantes se entregaram ao acaso: assim que, seja qual for o resultado, o comprador deve o preço por inteiro, e o vendedor tudo o que foi objecto da esperança.

*) V. g., a compra do lanço da rede.

§. 197.

Loteria é o contracto, pelo qual se compram bilhetes, para pela sorte se decidir, quaes serão premiados e com quanto, e quaes não. O

empresario deve: 1.° fazer tantos e taes *premios*, que a sua somma total seja igual á somma total do prêço dos bilhetes, deduzidas as despesas da loteria: 2.° fazer extrahir da urna por *sorte* e *sem dolo* os bilhetes: 3.° *pagar* os premios ás pessoas, a quem a sorte os designou: 4.° os compradores dos bilhetes são obrigados a estar pela decisão da sorte, sáiam, ou não, premiados os seus bilhetes *).

*) D'este modo não só ha contracto entre o empresario da loteria e os compradores dos bilhetes, mas entre estes.

§. 198.

Urna da fortuna é uma especie de loteria, em que se compram um ou mais bilhetes dos que se acham dentro d'uma urna, ou sacco, uns designando certos premios, outros brancos, com a condição de serem extrahidos por sorte, e tanto o comprador, como o vendedor, ficarem sujeitos á sua decisão. Os principios da loteria são applicaveis a este contracto. Ha ainda outras especies de loteria, v. g., a *rifa*, a *roda da fortuna*, etc. *).

*) Deve fugir-se da urna da fortuna, não só porque de ordinario não ha igualdade entre o valor total dos premios, e a somma do preço de todos os bilhetes; mas, o que é mais, muitas vezes se subtrahem da urna as sortes dos premios grandes.

§. 199.

Seguro é um contracto, pelo qual alguma pessoa natural ou moral se obriga, mediante certo preço, a indemnizar a outrem d'uma perda, ou da privação d'um lucro esperado, que podem resultar d'um evento incerto *). O

seguro divide-se em *terrestre*, ou *maritimo*, segundo o risco corre na terra, ou no mar. Tanto o segurador, como o segurado, correm risco, porque o segurador sempre ganha o premio, e sómente indemniza, havendo prejuizo. São pois requisitos essenciaes de toda a especie de seguro: 1.° *coisa segurada;* 2.° *risco* da coisa; 3.° *premio* convencionado para o segurador; 4.° *indemnização* do prejuizo do segurado.

*) Aquelle, que se obriga á indemnização, diz-se *segurador;* aquelle, que tem direito a ella, diz-se *segurado;* o preço diz-se *premio do seguro;* e o titulo do segurado diz-se *apolice do seguro.*

§. 200.

Decisão por sorte é o contracto, em que os pactuantes ajustam decidir pela sorte algum negocio *).

*) *Sorte* é o evento fortuito, de que depende alguma decisão.

§. 201.

Censo vitalicio é um contracto, pelo qual alguem se obriga a pagar a outro uma pensão annual durante a sua vida. O evento incerto, que torna este contracto aleatorio, é a morte.

§. 202.

Jogo é o contracto, pelo qual se convenciona, que certo ganho ou certa perda pertencerá áquelle dos pactuantes, de cuja parte se verificar uma condição incerta. Dos jogos uns são sómente d'*industria;* outros mais d'industria, do

que d'azar; e finalmente outros inteiramente dependentes do *acaso* ou da *fortuna*, ou mais d'azar, do que da industria *).

*) Os jogos d'azar não são, rigorosamente falando, injustos; porque cada um póde dispor da sua propriedade segundo lhe aprouver (§. 131. *): mas podem ser immoraes, quando o jogador se inhabilita para cumprir seus deveres. As commoções produzidas pelos azares escandecem os jogadores, offuscam-lhes a razão, e precipitam-nos em lances, a que se não arrojariam a sangue frio. Assim que a paixão do jogo, convertido em vicio, traz comsigo, alem da perda de tempo, a ruina das familias. Quasi todos os jogadores se queixam, feitas as contas das perdas e ganhos, de que têm perdido; não porque as perdas d'uns não sejam realmente ganhos para os outros; mas porque elles mais facilmente despendem, quando ganham, e depois falta-lhes o ganho para cobrirem as perdas. Finalmente, como o vicio do jogo é origem de muitos outros vicios, os jogadores d'azar são geralmente, e com razão, mal reputados. Por isso as leis devem prohibir as casas publicas de similhantes jogos, e as auctoridades ser inexoraveis na sua execução.

§. 203.

Tambem se dividem os contractos em *principaes* ou *independentes*, que podem existir sós, v. g., todos os de que temos falado até aqui; e *accessorios* ou *relativos*, que dependem necessariamente d'um contracto principal. A todos os *contractos accessorios* são applicaveis os principios seguintes: 1.° todas as vezes que for *nullo o contracto principal*, *nullos* são tambem os *accessorios*, pela regra — *O accessorio segue a natureza do principal*: 2.° as obrigações dos contractos accessorios não podem extender-se além dos *limites* das obrigações dos contractos principaes: 3.° extincta a obrigação principal, *ex-*

tingue-se a accessoria, mas não *vice versa:* 4.° as obrigações accessorias extinguem-se pelos mesmos *modos*, pelos quaes se extinguem as principaes, v. g., pelos pactos liberatorios.

§. 204.

Pertencem aos pactos accessorios os seguintes. O pacto de *retrovendendo*, pelo qual se convenciona, que o comprador será obrigado a tornar a vender ao vendedor a coisa comprada, dentro de certo tempo, ou a tornar a entregal-a ao vendedor, restituindo este o preço. N'este caso chama-se tambem *venda a remir.* O comprador acquire o dominio, sujeito a uma *condição resolutiva* (§. 176.): verificada ella, o vendedor póde *reivindicar* a coisa do comprador, ou de terceiro, a quem ella passou com este onus.

§. 205.

O pacto *da lei commissoria* é aquelle, em que se acautela, que, se o comprador não pagar o preço dentro de certo tempo, a venda será nulla. Este contracto differe da *clausula* da compra e venda, em que se declara que o comprador pagará o preço em certo tempo; porque, não pagando, pelo *pacto* a venda é nulla, quer o vendedor queira, quer não queira; e pela clausula depende do arbitrio do vendedor revogal-a, ou compellir o comprador ao pagamento (§. 187.).

§. 206.

O pacto *addictionis in diem* é aquelle, em que o comprador e o vendedor convencionam,

que a venda será válida, se o vendedor não achar, dentro de certo tempo, quem lhe dê mais; ou nulla, se obtiver um preço maior. Este contracto póde celebrar-se em fórma de condição suspensiva ou resolutiva (§§. 174. e 176.). Este pacto é só em beneficio do vendedor, que póde arbritrariamente renunciar ao seu direito (§. 25): e por isso o pacto valerá, se o vendedor desprezar um maior preço offerecido.

§. 207.

O pacto *protimeseos* é um contracto, pelo qual aquelle, que tem o dominio pleno, v. g., por compra, ou o dominio util pela emphyteuse (§. 193.), é obrigado, querendo vender, a offerecer a coisa tanto por tanto ao vendedor, ou ao senhorio directo.

§. 208.

Empenho em geral é o contracto, pelo qual alguem entrega ao crédor uma coisa, ou, pelo menos, lhe confere direito sobre ella, para segurança da sua divida. O empenho divide-se em penhor, hypotheca, e penhor antichretico. O *penhor* é o contracto, pelo qual alguem se obriga a entregar a um crédor uma coisa movel, para que, não se pagando a divida, o crédor possa pagar-se por aquella. São applicaveis a este contracto os principios seguintes: 1.° o crédor sómente acquire na coisa um *direito a ser pago* pelo seu valor, e com *preferencia* a outro qualquer crédor: 2.° *não póde usar da coisa:* 3.° só na falta de pagamento no tempo convencionado póde *vender* a coisa em-

penhada, *pagar-se*, e *restituir* o resto do preço ao dono do penhor: 4.° o crédor é responsavel pelas *deterioridades*, sendo negligente: 5.° paga a divida, deve *restituir* o penhor: 6.° o dono do penhor deve pagar ao crédor as *despesas necessarias* e *uteis* (§. 152.): 7.° não póde pedir *restituição* da coisa empenhada, senão depois de paga a divida: 8.° *perecendo* a coisa *cosualmente*, perece por conta do dono do penhor: 9.° *não perde o direito ao pagamento*, que lhe provém do contracto principal.

§. 209.

Hypotheca é o contracto, pelo qual alguem empenha uma coisa, que fica em seu poder, para segurança do cumprimento d'uma obrigação. Pela hypotheca adquire o crédor o *direito de ser pago* pela coisa hypothecada, e com *preferencia* a outro qualquer crédor. Por tanto muitos dos principios do penhor são applicaveis á hypotheca *).

*) Como os bens hypothecados ficam em poder do devedor, para que este os não hypotheque de novo a outros crédores, como livres, é mister que a lei positiva exija poblicidade das hypothecas por meio d'um *registo publico*, aonde os crédores possam verificar, antes do emprestimo, se os bens do devedor se acham já hypothecados a outrem.

§. 210.

Penhor antichretico é o contracto, pelo qual se promette entregar ao crédor uma coisa, movel ou immovel, frugifera, para que o crédor possa usar d'ella ou usufruil-a em pagamento dos juros e capitaes emprestados. São applica

veis a este contracto os principios seguintes: 1.° o *crédor* é obrigado a *dar contas* dos fructos: 2.° é responsavel pelos *fructos percipiendos*, e pelas *deterioridades*, intervindo da sua parte *culpa* ou *dolo*: 3.° paga a divida pelos fructos, deve *restituir* a coisa e os sobejos d'aquelles: 4.°o *dono* do penhor sómente póde *levantal-o* depois do pagamento do resto da divida.

§. 211.

Fiança é o contracto, pelo qual alguem se obriga a pagar o que outro deve, não pagando o originario devedor. São applicaveis a este contracto os principios seguintes: 1.° o *fiador* não póde ser obrigado ao pagamento, senão depois d'*excutidos* os bens do originario devedor (a este direito do fiador chama-se *beneficio da ordem*): 2.° o *fiador*, que pagou a divida, fica *em logar do crédor*, para pedir ao principal devedor tudo o que pagou por elle: 3.° se o devedor não tem com que indemnize ao fiador, que pagou, este tem direito contra os *confiadores*, para que cada um lhe pague a sua parte da divida.

§. 212.

Finalmente os pactos dividem-se em *obrigatorios*, que têm por fim fazer nascer alguma obrigação; taes são todos os de que temos tractado até aqui: e *liberatorios*, que têm por fim libertar d'uma obrigação. Estes ou *extinguem* a obrigação *pura* e *simplesmente*, ou só *relativamente*, fazendo *troca da relação* anterior ou *substituindo* um novo devedor ao antigo.

§. 213.

Visto como qualquer pessoa póde renunciar ao seu direito, ou transmittil-o a outrem (§§. 25. e 157.): se a transmissão é gratuita d'um pactuante a outro, diz-se *remissão;* se porém é reciproca entre os dous pactuantes, diz-se *mutuo dissenso.* Tanto uma, como o outro, extinguem as obrigações, e são pactos liberatorios, o primeiro *desigual*, o segundo *igual.*

§. 214.

Novação em geral é o contracto, pelo qual se substitue uma nova obrigação á antiga, que fica extincta. São especies da novação: 1.° *novação propriamente dita*, que é a substituição pactuada d'uma nova obrigação á antiga, que fica extincta, permanecendo o mesmo devedor e crédor: 2.° *delegação*, que é o pacto, pelo qual o devedor dá ao seu crédor outro devedor em seu logar, consentindo todos tres, i. é, o devedor principal *(delegante)*, o devedor substituido *(delegado)*, e o crédor *(delegatario)*: 3.° *substituição d'um novo crédor*, que é o contracto, pelo qual o crédor e devedor ajustam, que o direito d'aquelle passe para um terceiro, ficando o devedor desonerado para com o primeiro crédor: 4.° *substituição d'um novo devedor*, que é o contracto, pelo qual o crédor acceita alguem por devedor em logar do primeiro, e sem que este consinta expressamente. Todas estas especies de novação extinguem a obrigação do primeiro contracto, e fica em seu logar substituida a nova obrigação do pacto liberatorio.

§. 215.

Differe a delegação da *assignação*, que é o contracto, pelo qual o devedor ajusta com outro, que pagará por elle ao seu crédor, mas sem este consentir, nem desonerar o primeiro devedor. Este pacto não extingue immediatamente a obrigação do primeiro devedor; porque subsistindo o direito do crédor a seu respeito *), é força que subsista a obrigação correlativa d'este (§. 20.); sómente a póde extinguir pelo seu effeito, — o pagamento.

*) Porque ninguem póde ser privado do seu direito sem o seu consentimento (§. 25.).

§. 216.

Differe a substituição do novo crédor da *cedencia*, que é o contracto, pelo qual o crédor transfere a outro o seu direito sem o consentimento do devedor. Aquelle diz-se *cedente*, este *cessionario*. Este contracto não extingue a obrigação do devedor, porque subsiste o direito do cedente na pessoa do cessionario.

§. 217.

Além dos pactos liberatorios ha *outros modos de dissolver as obrigações*. Taes são os seguintes. *Pagamento*, que é o acto, pelo qual se dá aquillo, que se deve. O pagamento é um modo d'extinguir as obrigações; porque o direito do crédor fica satisfeito e cessa, e por isso a obrigação correlativa do devedor (§. 20.). São applicaveis ao pagamento os principios seguintes: 1.° deve ser por *inteiro*, no *logar* e

tempo, e pelo *modo* devidos: 2.° deve ser pela *restituição identica*; excepto: *a*) se o *crédor consentir; b*) se ella for *impossivel* (§. 143.): 3.° as *despesas* do pagamento são por conta do devedor (§. 187.).

§. 218.

A *compensação* é o pagamento reciproco e ficticio, que se opéra entre duas pessoas, que são ao mesmo tempo crédoras uma da outra. A compensação funda-se no interesse mutuo d'ambas as partes, para evitarem um circulo inutil de pagamentos. São applicaveis á compensação os principios seguintes: 1.° só podem compensar-se *dividas equivalentes*, i. é, que podem ser perfeitamente substituidas umas pelas outras: 2.° não póde compensar-se uma divida *liquida* com outra *illiquida*: 3.° não tem logar a compensação entre uma divida *exigivel* e outra, que ainda o não é: 4.° pela compensação fica paga a divida maior pela menor em *concurrente quantia*.

§. 219.

Se o crédor não só sem justa causa, senão ainda sem allegar desculpa alguma, não acceita o pagamento (§. 217.), parece que remitte o seu direito (§. 213.); e por isso a *offerta* d'um verdadeiro pagamento, não acceitada, extingue a obrigação. Igualmente a extingue o *perecimento* casual da coisa devida em *especie*, pela regra — *Res suo domino perit*; e não da coisa devida em *genero*, pela outra regra — *Nunquam genus perit*. A *perfidia* d'um dos pactuantes, se o ou-

tro o não quer compellir ao cumprimento da sua promessa, dá-lhe occasião para declarar o contracto dissolvido pelo mutuo dissenso (§. 213.). A *confusão*, i. é, a reunião das qualidades de crédor e de devedor em uma só pessoa, extingue as obrigações principaes, e com ellas as accessorias; porém extinguindo estas, não extingue aquellas (§. 211.). Finalmente segundo a regra — *Mors omnia solvit*, tambem a *morte* dissolve as obrigações (§. 132.).

SECÇÃO VI.

Sociedade em geral.

§. 220.

Tanto as sociedades, como os contractos, são factos da vida social: porém o objecto dos contractos é *transitorio*, e as obrigações, que d'elles resultam, cumprem-se por actos momentaneos; e o objecto das sociedades é mais ou menos *permanente;* porque têm um fim commum, que sem cessar attrahe a actividade dos socios. Depois dos pactos é razão que tractemos do Direito da sociedade.

§. 221.

Sociedade é a reunião d'um numero maior ou menor de pessoas, que livremente se obrigaram a procurar por seus esforços reunidos um fim commum. A identidade do fim dá aos socios certa unidade, pela qual são considerados em suas relações exteriores como uma *pessoa*, que se chama *moral*, ou *collectiva* *).

*) Os *brutos*, como mostra a observação, estão reduzidos á satisfacção immediata das suas necessidades, e não se elevam a conceber outros fins remotos, nem para si, nem para a sua especie; e por isso ou vivem solitarios, ou se limitam á *sociedade a mais simplice*, provocada pelo instincto da sua natureza. Porém o *homem*, cuja intelligencia abraça todas as relações, não só entre os homens, senão ainda entre o homem e os outros seres, póde dizer-se tem exclusivamente a *faculdade d'associação* (§. 72.).

§. 222.

Já vimos que, segundo os differentes fins racionaes, que o homem se podia propôr, assim a sociedade se dividia em differentes especies (§. 74.). O Direito, que deve garantir a liberdade da escolha d'estes fins (§. 27. *), deve tambem subministrar as condições, para que o homem, a pezar de se dedicar áquelle, que é mais conforme á sua vocação (§. 3. *), possa entregar-se a todas as outras empresas e sociedades, que lhe permittirem as suas forças.

§. 223.

Para a formação de qualquer sociedade são necessarios dois contractos, — pacto d'união, e pacto de constituição. O *pacto d'união* é o contracto preliminar, pelo qual os socios convêm á cerca do fim da sociedade. De ordinario este pacto não é revestido das formulas d'um contracto; mas nem por isso deixa d'existir, todas as vezes que os associados convêm em se reunirem para obterem um fim commum. *Pacto de constituição* é aquelle, pelo qual os socios determinam as condições geraes, pelas quaes hão de proseguir o fim social.

§. 224.

Como não podemos tractar as outras pessoas como meros meios para os nossos fins (§. 21.), é mistér o seu consentimento (§. 157.), para comnosco cooperarem para o fim social. Portanto não só para o pacto de união, senão para
o

o de constituição, é necessaria a *unanimidade* dos votos de todos os socios *) Porém a diversidade das vontades dos homens, attestada pela experiencia, prova a necessidade de que a sociedade, depois d'organizada, seja administrada pela maioria dos votos dos membros da sociedade, ou dos seus administradores (§. 194.*).

*) Nas sociedades, que não têm *numero fixado* de socios, de ordinario não concorrem todos para a formação do pacto de constituição; os novos membros, quando são admittidos, consentem n'elle: porém nas sociedades de *numero determinado* importa não dar por concluida a constituição definitiva, sem serem ouvidos todos os que concorrem á sociedade, para que a minoria muitas vezes não dicte leis á maioria com prejuizo dos interesses d'esta.

§. 225.

As *condições geraes* da sociedade, prescriptas pelo pacto de constituição, e que obrigam a todos os socios*), devem ser taes, que a sua acção tenha um character d'unidade, assim como o fim da sociedade é só um (§. 122.). Para que a *direcção* pois da sociedade tenha tambem este character, nas sociedades numerosas, e principalmente n'aquellas, cujos membros vivem distantes uns dos outros, é razão, que os socios *deleguem* as differentes funcções da direcção em *administradores* da sua escolha, e se sujeitem a obedecer-lhes **) em tudo o que for conforme ao pacto de constituição, e exigido pelo fim social ***).

*) Estas condições são tambem chamadas *leis fundamentaes* ou *constitucionaes* da sociedade.

**) A isto chamam alguns pacto de *sujeição*, que póde ser *expresso* ou *tacito*: o poder delegado por este contracto diz-se *poder soberano*; e o seu exercicio chama-se *governo* ou *administração* da sociedade.

***) As pessoas encarregadas da administração, unidas tambem entre si pelo fim social, podem considerar-se como uma pessoa moral em frente d'outra, que se compõe de todos os outros membros da sociedade.

§. 226.

Este poder soberano divide-se commummente em poder legislativo, administrativo, e judicial. Pertence ao *poder legislativo* prescrever as condições, que, segundo as circumstancias da sociedade, são necessarias para o conseguimento do fim social; estas condições tiram a sua força obrigatoria para os socios do principio da delegação (§. 225.), e são leis sociaes, subordinadas ás leis fundamentaes da sociedade. Ao *poder administrativo* ou *executivo* pertence executarem as leis da sociedade, obrigando os socios a cooperar segundo ellas para o fim social. Finalmente ao *poder judicial* pertence decidir os litigios, que occorrem entre os socios e entre estes e o governo da sociedade. A estes poderes accrescentam alguns o *poder moderador*, que tem por fim vigiar os outros poderes, e fazer com que elles não sáiam da esphera das suas attribuições.

§. 227.

A *pessoa juridica da sociedade inteira* (§. 121.), composta de pessoas naturaes, reunidas pelo

vinculo do fim social, goza de todos os direitos, que competiam á cada um dos membros, para conseguir o fim, que a sociedade se propõe, postos estes direitos em harmonia com a sua natureza collectiva. Tem pois, á similhança do homem, direitos *absolutos*, que resultam da sua natureza, e do fim, que prosegue *); e *direitos hypotheticos*, provenientes dos seus actos d'acquisição. E como a pessoa juridica da sociedade tem relações exteriores com as outras pessoas naturaes ou moraes, e a pessoa moral do governo tem relações interiores com a pessoa moral dos governados (§§. 225. ***), bem como estes entre si, o direito de qualquer sociedade divide-se em *interno* e *externo*.

*) Estas relações juridicas trazem a sua origem dos pactos de união e constituição, é verdade; e debaixo d'este ponto de vista podiam chamar-se hypotheticos todos os direitos da sociedade. No entretanto, como os fins das sociedades são dependentes da natureza dos homens, que as compõem; e como estes tinham direitos absolutos ao seu proseguimento; póde dizer-se, que a somma d'estes direitos individuaes, reunidos na pessoa juridica da sociedade, constituem os seus direitos absolutos. Assim esta pessoa moral tem direitos absolutos de personalidade, d'actividade, de liberdade, d'associação, etc. (§§. 67. e seg.).

§. 228.

Direito interno da sociedade é o complexo das condições, que devem ser realizadas pelos seus membros, para a existencia e desinvolvimento da sociedade (§. 16.). Estas condições constituem o direito *fundamental*, expressado pelas leis geraes do pacto de constituição (§. 225.);

e o direito *secundario*, expressado pelas leis promulgadas pelo poder legislativo (§. 226.). O complexo de todas estas leis constitue o *Direito Positivo* da sociedade (§. 39.).

§. 229.

Direito externo da sociedade é o complexo das condições positivas ou negativas, que os individuos ou as sociedades estranhas a ella devem subministrar-lhe para a sua existencia e desinvolvimento. Assim que toda a *sociedade tem direito* a pretender, que ninguem attente contra os seus direitos absolutos ou hypotheticos, cumprindo a *obrigação geral negativa*, que lhes é correlativa (§§. 25., 88. e 128.). Póde pois a sociedade exigir, que ninguem a embarace na sua *organização*, ou por qualquer modo intervenha na sua *administração interior;* póde exigir que nenhuma pessoa natural, ou collectiva obste ao exercicio do seu *direito de contractar*, d'*associar-se*,, de fazer uso da sua *actividade* e da sua *propriedade*, de repellir pela *força* as *lesões*, etc. Póde em fim exigir, que as outras pessoas lhe prestem as condições positivas, a que são obrigadas pelos *contractos* com ella celebrados (§§. 157 — 159.).

§. 230.

Do direito d'associação, que tem a pessoa moral da sociedade, deduz-se a divisão das *sociedades* em *simplices* e *compostas*, segundo as sociedades são, ou não, formadas de differentes sociedades componentes. As sociedades simplices estão para com a composta d'ellas,

como os socios estão para com a sociedade simples: tem pois os mesmos direitos e obrigações.

§. 231.

Tambem as sociedades se dividem em *iguaes* e *desiguaes* Na *sociedade igual* todos os socios têm iguaes direitos, não ha superiores e inferiores: pelo contrario na sociedade *desigual* ha imperio e sujeição; ha imperantes e subditos (§. 91.*).

§. 232.

As *sociedades temporarias acabam:* 1.° *findo o tempo* definido no contracto de constituição: 2.° *alcançado o fim*, por que foram constituidas: 3.° pela *insufficiencia dos meios* para o conseguir: 4.° pelas causas, por que acabam as *sociedades perpetuas*, i. é, aquellas, que se propõem fins eternos, fundados na natureza humana, v. g., a Igreja e o Estado. Estas *ordinariamente* não acabam: com tudo *podem acabar* *): 1.° *morrendo os socios*, ou todos, ou tantos, que os restantes não sejam sufficientes para a sociedade poder progredir; 2.° quando a *continuação* da sociedade se torna *impossivel* por alguma causa estranha aos socios, v. g., guerra, peste, etc.; 3.° pelo *mutuo dissenso* **).

*) Exceptua-se a Igreja Catholica, á qual JESU CHRISTO prometteu perpetuidade.

**) Qualquer socio tem direito a mudar de vontade, e a retirar-se d'uma *sociedade perpetua* para entrar em outra, que julga melhor organizada; porém nas *sociedades temporarias*, se a sua retirada causar perdas ou damnos, deve indemnizal-os á sociedade pela obrigação juridica proveniente do contracto social.

SECÇÃO VII.

Familia.

§. 233.

Depois do direito da sociedade em geral, seguia-se falar do direito de cada uma das differentes especies de sociedades (§§. 45. e seg. e 74.). Porém todas ellas pertencem ao Direito Publico, á excepção da familia, que entra no quadro do Direito Natural propriamente dito (§. 42.***). As principaes relações juridicas, que importa notar n'esta sociedade, são entre marido e mulher, e entre os pais e os filhos, de que vamos a falar *).

*) Alguns Escriptores tambem por esta occasião tractaram das relações entre os *amos* e os *criados*; porém estas devem ser determinadas pelo contracto de locação e conducção d'obras (§. 190.).

§. 234.

O fundamento das relações entre marido e mulher é o *matrimonio*, i. é, o contracto, pelo qual duas pessoas de differente sexo se unem não só com o fim de procrearem e educarem os filhos, mas principalmente de estabelecerem uma communhão de toda a vida moral e physica *).

*) O varão diz-se *marido*; a femea, *mulher*; e ambos, *conjuges*.

§. 235.

O *instincto da propria conservação*, esclarecido pela intelligencia, seria bastante para preservar os individuos da sua prompta destruição. Porém outra lei era necessaria para a conservação da especie; e a natureza proveu com outro instincto, que se póde chamar *sentimento da propagação*. Este instincto, despido de tudo o que tem de material entre os brutos, e combinado com os outros principios racionaes da natureza humana, produz esse sentimento vivo e delicioso, que nos attrahe para o outro sexo, que nos une ao individuo desse sexo, nos torna felizes só com a sua felicidade, e identifica a nossa com a sua existencia. Este sentimento racional diz-se *amor*: e o amor é o grande fundamento da sociedade matrimonial; porque sem elle haveria *prostituição*, mas não matrimonio proprio e digno de seres racionaes, e que podesse elevar-se a toda a altura da dignidade moral do homem (§. 8.).

§. 236.

Por tanto, ainda que a *procreação* e *educação*, sem as quaes os filhos nem poderiam existir, nem conservar-se e desinvolver-se, possam ser consideradas como fins do matrimonio, com tudo não são os unicos fins; porque sem elles póde existir a sociedade matrimonial *). O *fim* geral, deduzido do amor, fundamento essencial do matrimonio, é uma união, não parcial, mas completa, que se extende ao espirito, ao corpo e aos bens da fortuna, e abrange toda a vida moral e physica dos conjuges **).

*) A *procreação* e *educação* dos filhos não podem ser os fins unicos e principaes do matrimonio; porque existindo, como prova a experiencia, o amor entre pessoas, que por sua *avançada idade* não podem ter filhos, póde entre ellas existir matrimonio. Por tanto o seu fim principal ha de ser outro; e o amor, fundamento do matrimonio, o indica. Por isso não póde admittir-se a definição, que os antigos deram, do matrimonio, — *a união de duas pessoas de differente sexo com o fim de procrear e educar a prole.*

**) Alguns assignaram como unico fim do matrimonio a *cohabitação exclusiva* e *privativa* dos conjuges. Este fim comprehende-se no que assignamos ao matrimonio; porque ella é no transporte superior do amor o mesmo, que o aperto das mãos entre os amigos no transporte mais moderado da amizade: porém este fim por si só não explica toda a natureza da sociedade conjugal.

§. 237.

Por onde é tambem de ver, que a sociedade matrimonial é um *fóco de vida e actividade* para todos os fins do homem, religiosos, moraes, scientificos, etc. (§. 3.*), e tem uma natureza tão variada, como esses fins *). Não pertence por certo á Sciencia Philosophica do Direito a analyse completa desta natureza; mas o Direito deve subministrar as condições necessarias a esta instituição: o *Direito* pois *do matrimonio* é *o complexo das condições necessarias para a formação, conservação e cumprimento dos fins da sociedade matrimonial.*

*) Por isso não póde definir-se o *matrimonio*, como alguns fizeram, — *a união de duas pessoas de sexo diverso para a moralidade do instincto natural do sexo, e das relações naturaes por elle estabelecidas*; porque a satisfacção moral d'este instincto não póde ser o unico e principal fim do matrimonio.

§. 238.

Estas *condições para a formação do matrimonio* são: 1.ª que os conjuges tenham chegado *á idade e desinvolvimento physico*, necessarios para a procreação da prole: 2.ª que tenham *perfeito uso da razão*, para livremente celebrarem o contracto do matrimonio (§§. 164. e seg. e 234.): 3.ª que sómente as pessoas, que têm o *amor*, fundamento do matrimonio, podem fazer a declaração de que têm vontade (§. 162.) de celebrar o pacto matrimonial: 4.ª que entre ellas não haja *impedimento de consanguinidade* *) para o matrimonio: por isso não podem validamente casar: *a*) os *pais* e *mãis* com as *filhas* e *filhos*, porque o amor exige uma relação d'igualdade, que repugna ás relações de subordinação e respeito, que os filhos têm naturalmente para com os pais: *b*) os *irmãos* com as *irmãs*, porque o amor, — e a amizade, familiaridade e confiança, que existem entre pessoas tão conjunctas pelo sangue, — são coisas, que entre si não dizem bem **).

*) Diz-se *consanguinidade* o nexo de pessoas, que descendem d'um tronco commum: e divide-se em *agnação*, se provém de tronco masculino; e *cognação*, quando provém de tronco feminino.

**) A aversão, que naturalmente sentem os parentes proximos, do matrimonio entre si, chamaram os Romanos — *horror naturalis*, que é realmente incompativel com o amor, que sómente póde dar-se entre estranhos.

§. 239.

As condições para a conservação do matrimonio e conseguimento dos seus fins são: 1.ª a

monogamia; porque o amor, obrigando os conjuges a uma communhão completa de vida physica e moral (§§. 234—236.), exclue a *polygamia simultanea* *): 2.ª que nenhum dos conjuges commetta *adulterio* **): 3.ª que os actos da *cohabitação* sejam manifestações livres do amor dos conjuges; porque a força os tornaria indignos da natureza moral do homem: 4.ª que o *marido* e *mulher* se considerem como *iguaes* relativamente ao poder familiar ***): 5.ª que, segundo a diversa aptidão do *marido* e *mulher*, aquelle dirija os *negocios exteriores*, e esta os *interiores* da familia ****): 6.ª que entre elles haja *communhão de bens*, como resultado da communhão absoluta da vida physica e moral dos conjuges *****).

*) *Monogamia* é a sociedade conjugal entre duas pessoas; e *polygamia*, entre muitas. Esta divide-se em *polygynecia*, quando o marido tem muitas mulheres; e *polyandria*, quando a mulher tem muitos maridos. Tanto uma, como outra, podem ser *simultaneas*, ou *successivas*. Sendo a polygamia simultanea prohibida pela Moral, o matrimonio entre mais de duas pessoas simultaneamente é nullo (§. 172.).

**) O *adulterio* em geral repugna á união total das individualidades, á troca constante das affecções dos dois conjuges. Porém ainda traz comsigo outros perniciosos effeitos: da parte da mulher, leva a perturbação e desordem ao seio da familia, e destróe a confiança do marido; uma dúvida funesta entra em seu coração, — o filho, que elle educa, e a quem prodigaliza seus cuidados, póde não ser seu filho; um sangue estranho póde correr em suas veias: da parte do marido, não tem, é verdade, resultados tão prejudiciaes; porém destróe a harmonia entre os conjuges, esfria o amor da mulher, e póde provocal-a a funestas represalias.

***) O *marido* e a *mulher*, dotados da mesma natureza geral (§. 4.), com iguaes faculdades fundamentaes, e entrando igualmente no contracto do matrimonio (§. 234.), devem ser considerados como *chefes iguaes* d'esta socie-

dade. *Montesquieu* sustenta, que nos climas quentes as mulheres são destinadas pela natureza para viverem na dependencia dos maridos; porque, sendo aptas para o matrimonio muito antes da razão se desinvolver, e fazendo-se velhas aos vinte annos, a razão não se encontra com a belleza: quando a belleza pede o imperio, recusa-o a razão; quando a razão o poderia obter, falta-lhe a belleza. Porém, se nos climas quentes o desinvolvimento é mais rapido, não é sómente o desinvolvimento physico, senão tambem o intellectual: a razão é contemporanea da belleza. A differença pois está em vir o estado de perfeição mais cedo ou mais tarde, segundo a diversidade dos climas; mas o desinvolvimento physico e intellectual é igual, e igual para os dois sexos.

***) Quando houver contradicção na administração interior e exterior dos dois chefes, sendo o matrimonio celebrado com as condições necessarias para a sua formação e conservação, facil será o accordo entre pessoas, em quem ha uma communhão total d'individualidades e de bens: porém para os casos extraordinarios a *lei civil* poderá para o desempate *preferir o voto do marido;* porque de ordinario é superior á mulher em intelligencia, forças e experiencia do mundo.

****) Relativamente á communhão de bens e a outros objectos, que não são actos immoraes, e que não repugnam ao fim do matrimonio, são *licitas* todas as *convenções antenupciaes.*

§. 240.

O *matrimonio,* segundo os seus fins, é uma *sociedade vitalicia;* nem o amor, que é o seu fundamento, deixa presumir nos conjuges vontade ou intenção de o celebrar temporario *). Porém podem sobrevir motivos, que justifiquem a dissolução do matrimonio? Temos para nós, que o mutuo dissenso dos conjuges, ou a pretensão d'um, quando o outro falta ás condições essenciaes para a sua conservação, v. g., pelo adulterio, pela crueldade, ou por uma

vida cheia de crimes, que tornam impossivel o conseguimento dos fins do matrimonio, podem justificar o *divorcio* **). E com effeito, dada uma incompatibilidade intellectual ou moral entre os dois conjuges, a continuação forçada da sociedade seria causa de se practicarem actos brutaes, contrarios a todos os verdadeiros sentimentos humanos. Por tanto, se os conjuges não têm filhos, ou, ainda que os tenham, providenciando á sua educação, o divorcio é licito, e os conjuges ficam livres para poderem contrahir novos laços matrimoniaes com pessoas, que lhes pareçam ter as condições, que não encontraram no primeiro matrimonio ***).

*) Passada a épocha, em que os conjuges podem procrear filhos, ainda subsiste o matrimonio; porque o fim da procreação é sómente secundario, o fim principal ainda subsiste (§. 236.), e a união dos corações, longe de cessar, se reforça pelo habito, que substitue a energia dos sentidos amortecidos.

**) Alguns fazem differença entre divorcio e repudio. Dizem *divorcio* a separação dos conjuges, dissolvido o vinculo matrimonial pelo mutuo consentimento d'ambas as partes; e *repudio*, o rompimento do matrimonio pela vontade ou interesse d'uma parte sómente. Porém a palavra *divorcio* muitas vezes comprehende ambas as accepções.

***) Aquelles mesmos, que combatem o divorcio, são forçados a admittir, provada a incompatibilidade dos conjuges, a separação *quoad torum et habitationem*. É nossa opinião, que a Politica póde modificar a liberdade do divorcio, segundo as circumstancias da nação: mas considerada em geral a separação *quoad torum et habitationem*, que apenas conserva o vinculo matrimonial para os conjuges não poderem contrahir novas nupcias, ficando o marido sem mulher e a mulher sem marido para todos os fins do matrimonio, parece-nos que é uma immoralidade extrema e uma injustiça flagrante, que aquelle conjuge, que foi victima innocente da crueldade do outro,

seja ainda forçado ao sacrificio legal da prohibição de novo matrimonio. Porem ao Direito Positivo, invocados os principios da Politica, pertence o decidir, se a lei ha de obstar á felicidade dos conjuges, ao interesse social, e ao voto da natureza.

§. 241.

Na sociedade conjugal, com o nascimento dos filhos nascem novas relações juridicas entre estes e os pais (§. 233.). Os *filhos*, como entes sensiveis e racionaes (§. 6.), são pessoas (§. 7.): gozam pois dos direitos absolutos, que se fundam no titulo geral da natureza humana (§§. 33., 65. e seg.); mas a pouca idade e a falta do desinvolvimento physico e intellectual obstam a que elles os possam exercitar por si; e por isso todo o homem tem direito de lhes subministrar as condições necessarias para a conservação da vida, e para o desinvolvimento das suas faculdades physicas e intellectuaes, i. é, de os *educar* (§§. 34., 78. e 164.). Porem a educação relativamente aos pais não é só objecto d'um direito; é objecto d'uma obrigação juridica e moral, que nasce das relações especiaes, estabelecidas pela natureza entre os pais e os filhos, e a cujo cumprimento esta vinculou, como garantias, o amor, o prazer e o interesse dos pais *). O direito, que os pais têm, de educar os filhos é exclusivo do direito dos outros, que só tem logar, quando faltam os pais **).

*) São muitos os fundamentos, que os Escriptores de Direito Natural têm dado á obrigação d'os pais educarem os filhos: — *os estimulos dos pais*; — *o fim do matrimonio*; — *o pacto conjugal*; — *o facto da geração*, etc. Felizmente não são necessarias longas demonstrações para convencer

os pais da existencia desta sua obrigação, e muito menos para lhes persuadir o seu cumprimento. A ternura, que a natureza inspira aos pais para com os filhos, nos quaes como que se vêem reproduzidos, é tão viva, e além disso é origem de tantos e taes gozos diarios, que os pais facilmente supportam os incommodos da educação pelo prazer, que dahi lhes resulta. Além disto os pais têm razão para esperar que os filhos, a quem educam, venham a ser o seu apoio, retribuindo-lhes na velhice os cuidados, que lhes prodigalizaram na infancia. Esta lei da natureza é tão forte, que por ella o genero humano tem subsistido, e continuará a subsistir.

**) O amor natural, que os pais têm aos filhos, afiança melhor resultado da educação dos pais, do que da dos estranhos, e ainda mesmo dos parentes; além de que a existencia e exercicio destes diversos direitos poderiam trazer comsigo contradicção prejudicial aos filhos. Não queremos porém com isto prejudicar a questão da educação nacional, que toca ao Direito Politico ou ao Positivo resolver.

§. 242.

Para o exercicio deste direito, ou antes desta obrigação de educar os filhos é mistér que os pais tenham o *poder de os dirigir*, empregando a força e os castigos, indispensaveis nas primeiras idades: por isso o direito da educação é o *fundamento do poder parental*, que deve extender-se a todos os actos, e só áquelles actos, que forem necessarios para a educação. Este poder vai expirando pouco a pouco, e á proporção que os filhos se vão desinvolvendo physica e intellectualmente; e acaba de todo, logo que elles podem por si dirigir-se ao seu destino.

§. 243.

O direito, ou antes a obrigação dos pais não se limita sómente a subministrar aos filhos as condições para a sua conservação e desin-

volvimento, mas tambem abrange a defesa dos filhos contra aquelles, que os quizerem tractar como meios para seus fins arbitrarios (§. 78.). Por tanto *os pais são os protectores e defensores natos* dos filhos; e as *injurias* feitas aos filhos podem por isso julgar-se feitas aos pais.

§. 244.

A igualdade do marido e da mulher na sociedade matrimonial (§. 239. ***) exige a *igualdade do pai e da mãi no imperio parental.* A educação é obra commum dos dois conjuges, ainda que na primeira infancia é melhor subministrada pela mãi, do que pelo pai; porque as mãis são mais aptas para dirigir o espirito dos filhos nessa idade*), assim como os pais o são para a educação dos filhos do sexo masculino na idade, em que têm já certo desinvolvimento.

*) Faltam pois aos votos da natureza as mãis, que na primeira idade dos filhos não cuidam da sua conservação e desinvolvimento physico e intellectual, v. g., não os amammentando com o proprio leite, que a natureza providentemente lhes subministra com o nascimento delles. Todas as considerações moraes e physiologicas vêm em soccorro desta verdade da razão juridica.

§. 245.

As relações juridicas, que existem entre os conjuges, entre os pais e os filhos, e entre aquelles e os criados, constituem a *familia.* Os direitos e obrigações de cada um dos membros da familia deduzem-se dos principios, que temos estabelecido á cerca dos conjuges, e dos pais e filhos, e do contracto de locação e con-

ducção d'obras relativamente aos criados [§. 233. *] *).

*) Tambem podem aggregar-se á familia outras pessoas, v. g., parentes ou amigos, e fazerem parte della. Nestes casos as relações juridicas entre estas pessoas terão de determinar-se pelo contracto de sociedade de negocios (§. 184.), ou por outro qualquer contracto, que fundamente a sociedade entre ellas.

PARTE

PARTE IV.

GARANTIAS DO DIREITO.

§. 246.

GArantias do Direito são aquellas seguranças, que o tornam efficaz e exequivel. As garantias do Direito podem ser interiores ou exteriores. As garantias interiores são a juridica e a moral. A *garantia interior juridica* está na consciencia juridica do sujeito dos direitos (§. 14. *), a qual o convence interiormente da existencia e validade de seus direitos, e lhe attesta, que os outros homens estão sujeitos a certas obrigações relativas aos seus direitos. A *garantia interior moral* encontra-se na consciencia moral, que os homens, afóra o sujeito dos direitos, têm da existencia e validade dos direitos daquelle, e das suas obrigações juridicas, que lhes são relativas (§. 14. *).

§. 247.

Escudado o homem com esta duplicada garantia, i. é, com a immediata, — juridica, e com a mediata, — moral, ousa, conforme os dictames da razão practica, pôr em exercicio os seus direitos, seguro, pela primeira, da sua existencia e validade; e presumindo, pela se-

gunda, que os outros cumprirão as obrigações correlativas *).

*) Por causa da garantia moral dos direitos pretenderam erradamente alguns, que os direitos se derivavam das obrigações, quando as suas fontes são a razão practica e a natureza humana (§. 35.). Esta doutrina dava em resultado a confusão da Moral e do Direito; porque a legislação moral sancciona tanto os deveres juridicos, como os moraes (§. 23.); e assim vieram entrar no quadro da Sciencia Philosophica do Direito os officios da Moral.

§. 248.

A pezar desta duplicada garantia, aquella presumpção é fallivel; porque a experiencia infelizmente mostra a cada passo, que os homens, obsecados pelas paixões, e seduzidos pelo seu interesse, suffocam a voz da consciencia moral, e faltam aos seus deveres juridicos, lesando os outros em seus direitos absolutos por actos affirmativos contra a obrigação geral negativa de os não perturbar (§§. 24., 88. e 189.), ou por actos affirmativos ou negativos contra as obrigações hypotheticas (§. 159. ***). Tambem póde acontecer, que os outros ignorem os nossos direitos hypotheticos, e que em boa fé os desconheçam, obrando contra elles (§. 80.). Nestes casos as garantias interiores não são sufficientes, e são necessarias para a conservação dos nossos direitos as exteriores, de que vamos a falar *).

*) Os obstaculos, que o homem póde encontrar no exercicio do seu direito, tambem podem provir da natureza das coisas, e das leis physicas, que as regem. Porém como as coisas são meios para as pessoas conseguirem os seus fins, e como o homem não tem responsabilidade alguma para com a natureza e as coisas puramente physicas,

qualquer pessoa póde empregar todos os meios para vencer os embaraços, que ellas offerecerem aos seus desejos. Por tanto as garantias exteriores sómente são necessarias contra as lesões, que os outros fazem, invadindo a nossa esphera juridica, tanto por actos positivos, como negativos.

§. 249.

Visto como o fim e o fundamento das garantias exteriores é a conservação dos direitos, e o tornal-os effectivos contra as lesões dos outros; a prudencia aconselha e a razão moral e juridica reconhece, que estas garantias não podem extender-se a *meios duros*, quando os *brandos* forem sufficientes, e que devem consistir em meios *aptos*, e sómente nos *necessarios;* porque a razão juridica manda que se dilate, o mais que for possivel, e não que se restrinja inutilmente a esphera da justa actividade dos homens em tudo o que for compativel com a sua existencia no estado social (§§. 16.* e 21.).

§. 250.

Se aquelle, que nos lesa, nega a existencia do nosso direito, é mistér convencel-o da justiça da nossa pretensão diante da auctoridade competente (§. 43.), produzindo as *provas* do nosso direito*); porque elle nenhuma obrigação tem de accreditar as nossas simplices asserções, e não podemos empregar outros meios mais duros para verificar o nosso direito, em quanto não esgottarmos os mais brandos. As provas podem ser: a *vistoria*, i. é, a inspecção ocular dos vestigios, que existem, do nosso direito: os *instrumentos*, i. é, os escriptos, em que se referem os factos; as *testemunhas*, i. é,

pessoas, que fazem fé á cerca do facto controverso; o *juramento* da parte contraria; as *presumpções*, etc. Provada a justiça da pretensão d'um litigante, e por isso a obrigação do outro, e dada a *sentença*, se o vencido não satisfaz ao direito do vencedor, póde ser compellido pela coacção da auctoridade **).

*) Os direitos absolutos são certos, e não necessitam de prova; porque todo o homem, só porque é homem, goza d'elles (§. 80). Póde porém ser necessaria a prova dos direitos hypotheticos, que dependem do facto da acquisição (§. 95.). Por isso a prova dos direitos tem por objecto algum facto duvidoso, que se pretende tornar certo. É pois *prova* um facto verdadeiro, ou que se suppõe verdadeiro, e que serve de motivo de credibilidade sobre a existencia ou não-existencia d'outro. Toda a prova comprehende, pelo menos, dous factos differentes: um, que se póde chamar *facto principal*, que é aquelle, cuja existencia ou não-existencia se tracta de provar; e outro, que se póde chamar *facto probatorio*, que serve para provar, se existiu, ou não existiu, o facto principal. Differe a prova da *presumpção*, que é a deducção, que se faz, do conhecimento d'um facto para o conhecimento da verdade d'outro; porque a *prova* faz fé *directamente* e por si mesma, e a *presumpção* só *indirectamente*, e por uma conclusão d'outra coisa diversa. A força das presumpções deduz-se do que é ordinario, e costuma acontecer. Aquelle, que tem a seu favor a presumpção, não é obrigado a produzir outras provas, em quanto a presumpção não for destruida por provas em contrario; o que póde acontecer, visto que a presumpção é só uma prova indirecta, e por isso fallivel.

**) No Direito Positivo os *Codigos do processo civil*, *criminal*, etc., determinam a *jurisdicção* do juiz, as fórmas das *acções*, e toda a *ordem dos processos* até final execução.

§. 251.

Todas as vezes que as partes litigantes não quizerem recorrer á auctoridade publica, podem lançar mão amigavelmente dos meios seguintes:

1.° recurrer a *conferencias amigaveis*, e entrar em *tractados* (§. 163.): 2.° eleger *arbitros* por um *compromisso*, i. é, por um contracto, no qual designem uma ou mais pessoas, que conheçam da justiça, e decidam a questão, obrigando-se as partes a estar pela sua sentença, que se diz *laudo* *): 3.° recurrer á *sorte decisoria* (§. 195.): 4.° fazer *transacção*, que é um contracto, pelo qual as partes terminam ou previnem uma demanda **): 5.° admittir as exhortações e conselhos dos *medianeiros* ou *conciliadores*, que procuram trazer as partes a uma transacção.

*) Differem os arbitros dos *arbitradores*, *louvados* e *jurados* em que aquelles conhecem e decidem as questões de Direito, estes as questões de facto.

**) Alguns fazem differença entre *composição amigavel*, e *transacção*; e fazem consistir aquella no contracto, pelo qual uma das partes cede gratuitamente, na outra o seu direito duvidoso; e esta, no contracto, pelo qual um dos pactuantes cede o seu direito duvidoso no outro, retendo aquelle alguma coisa, ou dando-lh'a, ou promettendo-lh'a este.

§. 252.

Quando o nosso direito é claro e certo, ou o adversario o reconhece, mas não quer acceder a elle, cumprindo a sua obrigação juridica, e não temos tempo de recurrer á auctoridade publica, podemos usar da *garantia exterior da força*, porque todo o direito é acompanhado da faculdade de coacção, para o tornar effectivo contra qualquer lesão (§. 19.). Esta faculdade da coacção não é por si um direito distincto dos outros direitos, mas é uma qualidade essencial de todo e qualquer direito, quer absoluto, quer hypothetico, para remover os obstaculos, que se

oppõem ao seu exercicio, i. é, as lesões (§. 19.). Ora a lesão do nosso direito, a qual fundamenta a faculdade da coacção, póde ser ou imminente *(futura)*, ou começada *(presente)*, ou consummada *(preterita)*; e por isso o nosso direito invadido, que se exercita pela força, toma diversas denominações, i. é, *direito de prevenção* contra a lesão futura, *de defesa* contra a presente, e *de reparação* contra a preterita *).

*) Estes direitos não mudam de natureza, quer sejam exercitados pelo lesado, quer pela auctoridade publica, que preside ao foro exterior (§. 250.).

§. 253.

O *direito de prevenção* extende-se a todos os meios aptos e necessarios para desviar uma lesão imminente (§. 249.). Na verdade aquelle, que nos ameaça com uma lesão imminente, aterra-nos, e d'algum modo embaraça já o exercicio da nossa justa actividade, e lesa-nos (§§. 18.* e 21.*); e por isso justifica o uso do nosso direito de prevenção: além de que, a prudencia aconselha, que evitemos a lesão, antes que pelas nossas demoras se torne mais difficil, ou impossivel o desvial-a*). Os meios da prevenção podem ser ou *innocentes*, ou *offensivos* ao lesante. Quanto aos primeiros, não póde haver duvida, que podemos usar delles por qualquer presumpção, ou mesmo por méra precaução contra uma lesão futura possivel; porque não invadimos a esphera juridica dos outros, nem somos injustos**). Quanto aos segundos, é certo que podemos legitimamente empregar a força, que for necessaria para conter os outros dentro dos limites da sua esphera juridica: porém sobre nós

pésa uma grande responsabilidade para com aquelles, que vamos offender; é mistér, que possamos justificar aos nossos olhos e aos dos nossos similhantes o nosso procedimento. Por tanto para o exercicio do direito de prevenção neste caso são necessarias provas, ou, pelo menos, fortes presumpções d'uma lesão imminente, e de que a não podiamos desviar, senão pelos actos offensivos de prevenção, que practicamos ***).

*) *Principiis obsta; sero medicina paratur,*
Cum mala per longas invaluere moras.

**) V. g., fechar as portas, procurar caravana contra os ladrões e salteadores.

***) Assim que, se alguem vem para nós com a espada desembainhada e com ar ameaçador, podemos pelo direito de prevenção feril-o com a nossa espada, sem esperar que elle descarregue os golpes da sua sobre nós. Porém se ferirmos, ou mutilarmos alguem sob pretexto de que nos queria attacar, sem termos provas da sua tenção, ou sem podermos justificar no foro exterior a necessidade destes actos, o offendido terá direito a pedir-nos reparação do damno, que injustamente lhe causámos.

§. 254.

O *direito de defesa* contra a lesão presente extende-se a todos os actos d'uma força igual á força, que o lesante empregar contra nós, a fim de o conter dentro da esphera da sua justa actividade (§. 18.). O nosso direito invadido exercita-se então pela força, como direito de defesa; e acaba, quando cessa a opposição do injusto aggressor. Todo o mal pois, que, além destes limites, causarmos, por desnecessario (§. 249.), é uma lesão, e somos obrigados a reparar o damno (§. 140.).

§. 255.

O *direito de reparação* comprehende todos os actos de força, aptos e necessarios para obtermos que pelo lesante nos seja resarcido o damno, que nos causou pela lesão, faltando ás obrigações juridicas para comnosco [§. 139.] *). Não obstante as garantias interiores, e as exteriores do direito de prevenção e defesa, nem sempre podemos conseguir que nas multiplicadas relações com os nossos similhantes não sejamos effectivamente lesados. A lesão fundamenta o direito de coacção, que subsiste, em quanto o damno, d'ella proveniente, não é plenamente reparado (§§. 140. e seg.).

) Por isso não podemos usar do direito de reparação contra aquelle, que usa do seu direito, com quanto dahi nos venha algum prejuizo (§. 130.); — *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam;* nem contra aquelle, que nos não beneficia, ou nos não desviou os males, que podia; porque a sua obrigação era sómente moral (§. 27.).

§. 256.

Se muitas pessoas nos fizeram diversas lesões, podemos pedir a cada uma dellas a reparação do damno, que nos causou: porém se as lesões foram de tal modo conjunctas, que qualquer dellas seria bastante para produzir o damno, que soffremos, cada uma d'essas pessoas é *in solidum* obrigada a reparar o damno todo, ficando-lhe o direito de pedir aos co-réos a parte respectiva do damno, que por elles pagou *).

*) Ao damno do primeiro modo chamam *divisivel* ou *distributivo;* e ao do segundo modo, *indivisivel* ou *collectivo.*

§. 257.

Poderá a faculdade de coacção extender-se até ao ponto de podermos matar o injusto aggressor, quando outros meios mais brandos não nos restam para a prevenção, defesa e reparação no caso de lesão contra os nossos direitos? A *Moral* manda preferir o bem maior ao menor (§. 29.); e por isso reprova a affirmativa, quando o mal, que causarmos ao aggressor, for maior, do que o que elle nos quer fazer: porém segundo a *lei externa* do *Direito* nós podemos empregar todos os meios violentos, que forem necessarios para a defesa da esphera da nossa justa actividade*), e o lesante não póde com justiça queixar-se [§§. 19. e 140.]**). Não podemos porém pela justa coacção salvar a nossa vida á custa da do nosso similhante, que nos não lesa; porque não admittimos o pretendido direito de necessidade (§§. 155. e seg.).

*) A isto dizem — *moderamen inculpatae tutelae.*

**) Não se mede a justa força do lesado pela grandeza e qualidade do damno, mas pela injusta força do lesante. Para evitar uma lesão de pouca importancia póde ser necessaria grande força, e pelo contrario bem pequena contra uma lesão de grande monta. Finalmente a força da coacção deve ser *aberta*, para se poder avaliar a exactidão da proporção entre a força da lesão e a da prevenção e defesa, entre a resistencia á indemnização do damno e a força para a reparação delle, e se poder decidir, se o lesado se excedeu, tornando-se de lesado lesante (§. 254.).

§. 258.

Como as garantias externas devem consistir em meios aptos e necessarios (§. 249.), só pelas *circumstancias* poderá decidir-se, se ellas têm,

ou não, estes characteres, e se são justas ou injustas. Póde porém dizer-se que nunca é licito retorquir injurias por injurias, ou vingar a honra e fama com a ponta da espada no *duello*; porque a maior agilidade, ou a superioridade das forças physicas não são meios aptos e necessarios para provar a injustiça dos attaques feitos á honra de qualquer *).

*) Muito se tem escripto pro e contra os duellos. Porém bastará dizer, que, ainda quando elles não fossem injustos por Direito Natural, a Politica devia acabar pelas leis positivas com estes combates barbaros, submettendo a decisão da questão aos tribunaes de justiça.

§. 259.

Como póde acontecer que a lesão seja em todo, ou em parte, irreparavel por sua natureza (§. 144.), ou por falta de meios do lesante; ou que o lesado não tenha o poder physico necessario para verificar a reparação, defesa, ou prevenção: para o homem não estar impunemente exposto á raiva, ao desprezo e á perversidade dos seus similhantes, o Direito subministra ainda outra garantia exterior, — o *direito de punir*, que compete no Estado á auctoridade publica; porque o lesante, obrando desarrazoadamente, não póde reclamar o respeito á dignidade e inviolabilidade dos seres racionaes [§. 140. *] *).

*) O direito de punir tem na verdade gravissimas difficuldades na Sciencia Philosophica do Direito: porém não póde, pelo menos, provar-se que elle repugne absolutamente ao Direito Natural.

§. 260.

Pouca reflexão basta para ver, que, para tornar plenamente exequiveis e effectivos os direitos naturaes do homem, evitando as lesões futuras, desviando as presentes, e reparando o damno das preteritas, é de absoluta necessidade a sociedade civil e o Estado politico, aonde as garantias individuaes e sociaes, debaixo da força immensa do governo, afiançam aos cidadãos a maior protecção e segurança possivel, ainda que ellas na verdade não sejam sempre totalmente efficazes*).

*) Apenas lançámos aqui as primeiras idêas desta materia das garantias do Direito; porque o seu maior desinvolvimento pertence ao Direito Publico, que tracta amplamente das *garantias individuaes* e *sociaes* e dos *poderes protectores do Estado*.

FIM.

TABELLA

ANALYTICA E ALPHABETICA

DAS

MATERIAS PRINCIPAES.

A.

B.

C.

Condições.

D.

E.

F.

G.

H.

I.

J.

K.



L.

M.

N.

O.

P.

R.

Retorquir

S.

T.

U.

V.

W.

BIBLIOGRAPHIA

DE

PHILOSOPHIA DE DIREITO.

AHRENS — Cours de Droit Naturel, ou de Philosophie du Droit.

BAUMEISTER — Institutiones Philosophicae, methodo Wolfii conscriptae.

BAVOUX — Philosophie Politique, ou de l'ordre moral.

BELIME — Philosophie du Droit.

BENJAMIN CONSTANT — Œuvres.

BENTHAM — Œuvres.

BOEHMER — Introductio in Jus Publicum Universale, ex genuinis Juris Naturae principiis deductum.

BLANC — Organisation du travail.

BRUCKNER — Essai sur la nature et l'origine des droits, ou déduction des principes de la Science philosophique du Droit.

BURLAMAQUI — Principes du Droit de la Nature et des Gens.

CICERO — Opera.

CONDILLAC — Œuvres.

COMTE — Traité de Législation.

DARIES — Observationes Juris Naturalis, Socialis et Gentium.

DECORDE — Des facultés humaines comme élémens

	originaires de la civilisation et des progrès.
Droz	Économie Politique.
——	De la Philosophie Morale.
Encyclopédie méthodique	Jurisprudence.
Eschbach	Cours d'Introduction général à l'étude du Droit.
Felice	Œuvres.
Filangieri	Œuvres.
Sr. Fortuna	De Jure Naturae Positiones.
Glinka	La Philosophie du Droit.
Grotius	De Jure belli ac pacis.
Heineccius	De Jure Naturae et Gentium.
Herder	Idées sur la Philosophie de l'histoire de l'Humanité.
Hepp	Essai sur la théorie de la vie sociale.
Hobbes	De Cive.
Hoeppfner	Jus Naturae singulorum hominum, societatum et Gentium.
Th. Jouffroy	Cours de Droit Naturel.
H. Jouffroy	Cathéchisme de Droit Naturel.
——	Philosophie Critique de Kant.
Kant	Principes métaphysiques de la Morale.
——	Principes métaphysiques du Droit.
Laferrière	Cours de Droit Public et Administratif.
Lepage	Élémens de la Science du Droit.
Lerminier	Introduction générale à l'Histoire du Droit, suivie de la Philosophie du Droit.
Mably	De la Législation.
Macarel	Droit Politique.
Malepeyre	Précis de la Science du Droit Naturel.
Martini	Positiones de Lege Naturali.

MEYER	Esprit, origine et progrès des Institutions judiciaires.
MERLIN	Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.
MONTESQUIEU	De l'Esprit des Lois.
PERREAU	Élémens de Législation Naturelle.
PROUDHON	Quest-ce que la propriété?
PUFENDORF	De Officio Hominis et Civis.
————	De Jure Naturae et Gentium.
RAYNEVAL	Institutions du Droit de la Nature et des Gens.
RITTIER	Science du Droit.
ROUSSEAU	Œuvres.
SECRETAN	La Philosophie de Leibnitz.
SAY	Cours complet d'Économie Politique.
SCHOTT	Dissertationes Juris Naturalis.
SCHMALZ	Jus Naturale.
SR. SEABRA	A Propriedade. Philosophia do Direito.
SR. SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA	Droit Public.
————	Noções Elementares d'Ontologia.
SIMONDE DE SISMONDI	Œuvres.
SOARES BARBOSA	Tractado Elementar de Philosophia Moral.
SR. TAVARES	Lições de Philosophia.
THIERS	De la propriété.
TRACY	Œuvres.
VATEL	Droit des Gens.
WERDERMANN	Principia Jurisprudentiae Naturalis.
VOLFFIUS	Opera.
WARNKOENIG	Doctrina Juris Philosophica, aphorismis distincta.
ZEILLER	Jus Naturae Privatum.

Podem tambem consultar-se as seguintes obras do auctor destes Elementos:

Curso de Direito Natural segundo o estado actual desta Sciencia, principalmente em Allemanha. Coimbra, 1843.

Principios geraes de Philosophia de Direito, ou Commentario á Secção I. da Parte I. dos Elementos de Direito Natural ou de Philosophia de Direito. Coimbra, 1850.

Elementos de Direito das Gentes, 3.ª ediç. Coimbra, 1850.

Cadastro, ou Resposta á pergunta: — Se o cadastro póde ser organizado de modo, que sirva para prova da posse e titulo da propriedade. Coimbra, 1849.

Defesa da Representação dos Lentes da Universidade contra o projecto de lei á cerca da liberdade d'imprensa. Coimbra, 1850.



INDICE

DAS MATERIAS CONTIDAS NESTES ELEMENTOS.

15

